

RÉPÉTITIONS ÉCRITES
Pour la Préparation de tous les
EXAMENS DE DROIT

1933-1934

DIPLOME D'ÉTUDES SUPERIEURES
DROIT PRIVE

REPETITIONS ECRITES

Dr

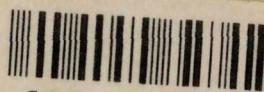
Histoire du Droit Privé

rédigées d'après le Cours et avec l'autorisation
de

M. GRANDCLAUDE

Professeur à la Faculté de Droit de Paris

139
X

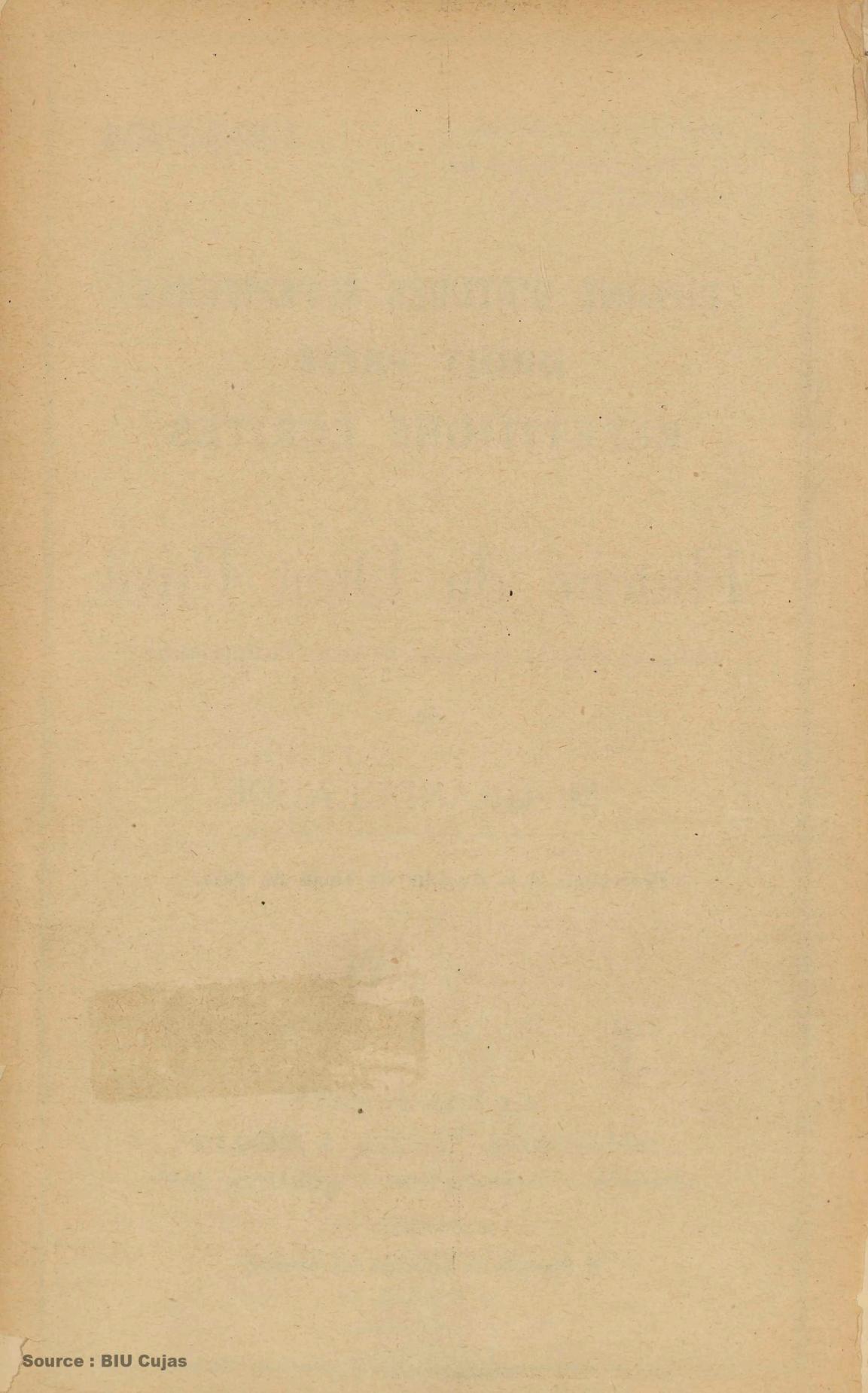


060 053727 8

"LES COURS DE DROIT"
RÉPÉTITIONS ECRITES & ORALES
RÉSUMES — PREPARATION A L'EXAMEN ECRIT

3, Place de la Sorbonne (au premier)

— PARIS —



HISTOIRE DU DROIT PRIVE
 (DOCTORAT)

HISTOIRE DE LA PROPRIETE
 FONCIERE

Introduction.

Intérêt des sciences historiques pour l'étude des institutions modernes. Si on impose aux candidats au diplôme de droit privé, comme aux candidats du certificat historique, un enseignement historique, c'est que l'histoire présente un intérêt qui pour n'être pas immédiatement saisissable, n'en est pas moins important.

Cet intérêt, on peut le faire apparaître sous trois chefs différents :

I°) Il est certain que l'étude de l'histoire des institutions aide à connaître et à comprendre les institutions contemporaines.

Vous savez fort bien que pour bien connaître le français moderne, il est bon d'avoir fait du latin, et il serait meilleur encore d'avoir fait un peu de morphologie et un peu de sémantique.

Pour connaître les institutions d'aujourd'hui, il est nécessaire de savoir ce que l'institution actuelle était au moment de la rédaction du Code et même de savoir ce qu'elle fut dans l'ancien

droit français et en droit romain.

2°) L'étude historique présente une deuxième importance, elle développe le sens critique.

Quand on a trouvé le document, il faut l'interpréter, ceci est souvent très difficile. On pêche quelquefois en essayant de découvrir dans le document ce qui n'y est pas, c'est extrêmement fréquent.

D'autres fois on lit le document d'une façon superficielle et en n'en retirant qu'une partie des renseignements qu'on peut y puiser.

Il est évident que pour apprendre à utiliser les documents, il n'est pas de discipline aussi favorable que la discipline historique; nulle part, en effet, la question de critique du document n'est aussi importante qu'en matière historique. Cependant, dans toutes les branches de l'activité intellectuelle, on a besoin de faire de la critique de textes. Il est évident que lorsque vous ferez une thèse, quel qu'en soit le sujet, vous aurez à rechercher et à utiliser des documents, je dirai même que ce qui fera la qualité ou le défaut de cette thèse, ce sera le fait que vous aurez ou que vous n'aurez pas su rechercher les documents, ce sera le fait que vous en aurez tiré tout ce qu'ils contiennent ou que vous n'en aurez pas tiré tout ce qu'ils contiennent.

3°) Enfin, l'étude de l'histoire peut donner ce que j'appellerai le sens de l'actualité, et il développe l'esprit réaliste.

Il est évident que le temps présent est fait du passé, que c'est ce passé qui explique le présent, et il est évident aussi que le temps présent prépare l'avenir. Pour arriver à percevoir que la civilisation actuelle n'est pas quelque chose de définitif et de stable mais un état temporaire, qui se modifiera un jour, il faut avoir fait de l'histoire.

Voilà quels sont les principaux intérêts de l'étude historique. Mais, si l'histoire présente ces intérêts divers, il est évident que le choix d'un sujet pour un cours d'histoire du droit privé devient assez délicat; il est assez difficile de trouver une matière qui permette d'étudier la genèse d'une institution importante, qui permette aussi de voir un grand nombre de documents et qui permette enfin de développer cette espèce de culture historique.

Pour faire la genèse des institutions, il faudrait prendre un sujet assez étroit, il faudrait faire une petite monographie d'un point de détail,

La critique du document; son intérêt pour les sciences historiques.

Ne lire que ce qui est dans le document.

Lire tout ce qui se trouve dans le document.

La critique du document est indispensable pour toutes les sciences historiques.

L'histoire développe le sens réaliste. Les lois de l'évolution historique.

Difficultés que présente le choix d'un sujet.

mais si on fait une petite monographie d'un point de détail, on ne donne plus cette formation de culture générale; si, d'autre part, on s'attarde à la lecture et à l'interprétation des documents, on est encore obligé de prendre un sujet extrêmement étroit, faute de temps; si on prend un sujet trop large, on est obligé de négliger la critique du document et l'étude de la genèse des institutions.

Sujet du cours:
"La condition
des terres".
Mise en garde
contre des er-
reurs de pro-
gramme.

Je vous propose cette année l'étude intitulée dans les programmes "la condition des terres". J'ai l'intention de traiter l'histoire de la propriété foncière.

Voici l'indication du plan général du cours.

Je voudrais d'abord, dans une première partie, essayer de donner une définition de la conception actuelle du droit de propriété, une définition du droit de propriété tel qu'il est compris par le Code civil.

Quand nous aurons vu que cette conception ne s'impose pas absolument à l'esprit et que, par conséquent, il faut tâcher de l'expliquer par le passé, nous entreprendrons l'histoire, de cette conception. Nous étudierons d'abord la conception romaine du droit de propriété, nous verrons comment le régime de la propriété foncière romaine s'est transformé depuis la fin de l'empire romain jusqu'aux XIIème, XIIIème siècles, jusqu'à l'époque de la grande gloste.

2) Nous verrons ensuite quelles ont été les théories des glossateurs, en particulier sur cette fameuse question du domaine direct et du domaine utile, c'est-à-dire sur la question de la division féodale des terres.

3) Après cela, nous étudierons très sommairement, quels ont été les démembrements de la propriété dans la période féodale et surtout pendant les derniers siècles de la monarchie.

4) A l'origine, le domaine direct, le domaine éminent du seigneur était considéré comme la véritable propriété.

5) A l'époque de Pothier les idées ont été complètement transformées, le concept de propriété romaine a été nettement et formellement dégagé, on considère que le véritable propriétaire du sol : c'était le temancier; le seigneur supérieur n'a plus eu qu'une espèce de droit réel, une espèce de

servitude sur le sol.

Après cela, nous étudierons la législation révolutionnaire, nous verrons comment la propriété telle qu'elle avait été organisée dans l'ancien régime, par la féodalité, a disparu, et nous verrons quels ont été les travaux préparatoires du Code qui ont établi le système moderne de la propriété.

Et, si nous en avons le temps, nous terminerons par l'étude de quelques institutions modernes qui sont de nouveaux démembrements de la propriété.

Evidemment, ce plan est très vaste, et par conséquent, j'aurai du mal à traiter d'ici le mois de mai tout ce programme. Je ne pourrai pas développer complètement toutes les parties de ce programme de sorte que j'apporterai quelques modifications de détail dans le plan que j'ai indiqué; il y a certaines matières que je traiterai en une leçon et il y en a d'autres auxquelles n'en consacrerai peut-être quatre ou cinq. Le développement ne sera pas égal et harmonieux dans toutes ses parties, faute de temps.

Ce qui m'a fait choisir ce sujet, c'est qu'il présente quelques-unes des utilités qu'exige un enseignement d'histoire du droit. Nous avons là la genèse d'une institution importante : la conception moderne du droit de propriété. Nous avons aussi dans un sujet comme celui-là, le moyen de faire la critique d'une institution actuelle, nous avons le moyen de nous rendre compte de ce que vaut le système moderne de la propriété.

Malheureusement, avec un sujet comme celui-là la critique de textes devient très difficile parce que c'est extrêmement long et je ne pourrai pas le faire souvent.

DEFINITION DE LA CONCEPTION MODERNE
DU DROIT DE PROPRIETE.

Evidemment, je n'ai nullement l'intention surtout maintenant, d'insister sur cette définition la conception moderne du droit de propriété, pour plusieurs raisons : parce que d'abord, je veux l'expliquer et par conséquent la commenter à la fin de l'étude, et puis ensuite, parce que vous connaissez cette définition pour l'avoir étudiée pendant vos premières années de licence; je voudrais simplement reprendre quelques-unes des notions que vous connaissez, pour vous rappeler ce que vous savez et pour permettre ensuite de me demander si cette conception est parfaitement rationnelle, si elle s'impose absolument à l'esprit et s'il n'est pas nécessaire de chercher dans l'histoire l'explication d'une institution un peu surprenante.

Donc, dans une première partie, rappel de la définition connue, et, ensuite, dans une deuxième partie, critique de cette définition.

La définition du droit de propriété dans l'art. 544 du C.C. C'est un droit absolu.

La définition du droit de propriété est donnée par l'art. 544 du Code civil : "La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements". Ceci indique donc qu'on a sur les choses un droit total, absolu, sans restriction, un droit qui n'a normalement d'autre limite que l'usage qui en serait prohibé par la loi ou par les règlements; d'un droit qui n'a pas d'autre limite que la théorie de l'abus du droit.

Cette définition donnée par l'article 54 est, généralement approuvée par les auteurs qui disent : on a raison de donner cette définition parce que la propriété est un droit absolu. On a raison, ajoute-t-on, de dire que c'est le droit de disposer complètement des choses, car, dans la propriété, on distingue le droit de se servir, le droit d'user et le droit de disposer, même de détruire.

On ajoute que le droit de propriété est exclusif.

Mais on fait à cette définition une critique : on dit généralement : cette définition est incomplète parce qu'elle ne dit pas que ce droit de propriété est exclusif et qu'il supprime toute

possibilité d'intervention de tiers, et alors on préfère généralement cette définition qui a été donnée par Boistel et qui se retrouve maintenant dans tous les manuels : la propriété est le droit, en vertu duquel, une chose se trouve soumise d'une façon absolue et exclusive à l'action et à la volonté d'une personne.- Voilà donc une chose qui est soumise à l'action absolue, à l'action exclusive de la volonté de son propriétaire. Je dirais volontiers que dans cette conception, le droit de propriété apparaît comme l'exercice de la souveraineté individuelle s'exerçant sur une chose.

La déclaration des droits de l'homme présente la propriété comme un droit absolu, comme une souveraineté : c'est un droit inviolable et sacré.

Il me semble que cette définition du droit de propriété est, la transcription, sous une forme juridique, des déclarations des droits de l'homme et du citoyen. Dans la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, à l'art. 2, on lit, en effet : le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont : la liberté, la propriété, la sécurité, la résistance à l'oppression.- Et l'art. 17 de la déclaration des droits de l'homme tire la conclusion des prémisses de l'art. 2, elle déclare ceci : la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique légalement constatée l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.

Je ne veux pas non plus insister sur cette question de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, parce que c'est précisément un point sur lequel je compte revenir à la fin du cours, et montrer qu'historiquement c'est par là qu'on explique le régime moderne de la propriété. Mais enfin, vous pouvez voir dès maintenant qu'il y a comme une transcription dans le langage du Code de la conception des hommes de 1789, qu'il y a là, comme je vous le disais tout à l'heure, une sorte de souveraineté de l'individu s'exerçant sur la chose.

Voilà quels sont, je crois, les principes qui dominent ce régime de la propriété. De ces principes le Code a tiré quelques conclusions pratiques sur lesquelles je me garderai d'insister, mais que je vous rappelle tout de même parce qu'elles viennent comme renforcer la définition de la propriété que je viens de donner.

Le droit de jouissance du propriétaire apparaît comme un droit absolument exclusif, comme un droit qui doit être protégé dans tous les cas, c'est ainsi qu'il y a eu un arrêt de la Cour de Cassation

Jurisprudence de la Cour de Cassation confirmant le

caractère exclusif du droit de jouissance du propriétaire.

On a tendance à considérer le droit de propriété comme perpétuel.

La propriété du sol emporte celle du dessous et du dessus.

Le droit de circulation des aéronefs est en contradiction avec le droit du propriétaire du sol.

rendu en 1881; à la demande de la société des Mines de Lens : un individu, un colporteur s'était promené dans les rues qui étaient la propriété privée de la société des Mines de Lens, pour y distribuer des tracts qui étaient vraisemblablement plus ou moins révolutionnaires. La société des Mines de Lens lui a interdit l'entrée de ces rues privées et l'individu y est venu tout de même. Alors, on a demandé contre lui une condamnation à des dommages-intérêts et la Cour de Cassation a confirmé un arrêt accordant ces dommages-intérêts, en se basant uniquement, exclusivement sur ceci : le droit de propriété est un droit inviolable, on a le droit d'interdire aux tiers d'entrer sur sa terre et on protège ce droit en condamnant à des dommages-intérêts ceux qui le violent. Evidemment cela n'empêche pas le principe "pas d'intérêt, pas d'action" de s'appliquer et il est fort probable que si l'individu n'avait pas distribué des tracts désagréables à la société, il n'y aurait pas eu de procès et de condamnation; mais le motif n'en a pas moins été : la propriété est un droit exclusif.

D'autre part, ce droit de propriété apparaît comme quelque chose de tellement fort qu'on a peine à concevoir un droit de propriété qui ne soit pas perpétuel et qu'il a fallu un arrêt de la Cour de Cassation du 1er avril 1884 pour dire que la propriété temporaire était quelque chose de concevable et pour dire qu'une société qui avait reçu une concession de canaux d'irrigation pour un temps pouvait avoir un droit considéré comme un droit de propriété. Il y avait là comme une gêne de l'esprit à imaginer un droit aussi fort que la propriété qui puisse ne pas durer éternellement.

De même d'après l'art. 552 du Code civil la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous.- Et la concession des mines apparaît comme un droit exorbitant du droit commun.

La circulation des avions au-dessus de la propriété privée est une question difficile à résoudre en droit. Dans le droit strict et dans le droit rigoureux, il aurait fallu dire : propriété du dessus et propriété du dessous : interdiction aux avions de passer. Une loi (après un traité international de 1919) est intervenue en 1924 à propos de la navigation aérienne et dans son art. 19, § 2, le législateur a déclaré : le droit pour un aéronef de survoler les propriétés privées ne peut s'exercer dans des conditions telles qu'il entraverait l'exercice du droit de propriété.- Le législateur a donc dit que l'aéronef

peut passer, mais il fallait qu'il intervienne et, dans les travaux préparatoires, le rapporteur du Sénat, le sénateur Vallier a dit : le principe que nous posons ici, le droit pour l'aéronef de passer, est en contradiction avec les principes du Code civil sur le droit de propriété, mais si on maintenait la vieille conception du droit de propriété, il serait impossible d'avoir une aviation. Par conséquent, le sénateur Vallier reconnaissait la contradiction qu'il y avait entre la possibilité pour les avions de circuler et les principes du Code civil.

Les théoriciens du droit, les doctrinaires qui cherchent toujours à maintenir le régime antérieur du droit civil, ont été amenés à dire : la libre circulation de l'aviation n'est qu'une servitude légale du droit de propriété. On va moins loin que n'allait le législateur, ici on revient à ce système du droit absolu, total et indéfini sur le dessus et le dessous du droit de propriété.

CRITIQUE DE CETTE DEFINITION.

Je crois que ce système est critiquable, qu'il n'est pas l'expression parfaite de la conception de l'esprit humain. D'abord, la définition du droit de propriété donnée par le code n'est pas parfaitement conciliable avec certaines des dispositions du code. Ensuite il n'y a pas accord entre la définition du code et la justification généralement donnée du droit de propriété. Enfin ce système n'est pas celui qui a été appliqué par un certain nombre de civilisations anciennes et n'est pas non plus celui qui est appliqué actuellement par certains pays.

Certaines dispositions du code sont en contradiction avec la définition du droit de propriété.

I^e) D'abord, la définition du droit de propriété tel que la donne le code civil n'est pas parfaitement conciliable avec toutes les dispositions du code.

Cette première critique que je formule contre le système du Code civil est certainement la moins forte des trois, en ce sens que les arguments invoqués ne sont pas très convaincants; je préfère cependant l'indiquer pour être complet. Il faut bien remarquer cependant que si un législateur donne une certaine définition d'une institution et si ensuite cette définition ne cadre pas complètement, totalement et parfaitement avec toutes les dispositions qui seront

prises par le législateur, c'est que cette définition ne coïncide pas exactement avec la réalité. Par conséquent, le moindre doute, la moindre imperfection, la moindre difficulté pour faire appliquer la définition dans tous les cas concrets prévus par le code est l'indication que cette définition n'est pas parfaite.

Je crois que la définition du droit de propriété donnée par le droit civil n'est pas en parfait accord (je ne dis pas en désaccord) avec la définition que ce même code civil donnera du droit d'usufruit, du droit d'usage ou du droit d'habitation.

Si nous prenons la définition du Code civil : la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par la loi"; nous devrions avoir un système dans lequel le propriétaire pourra toujours et dans tous les cas disposer de la façon la plus complète et la plus absolue de la chose. Si la définition que donne Boistel était parfaitement conforme à la réalité : la propriété est le droit en vertu duquel une chose se trouve soumise d'une façon absolue et exclusive à l'action et à la volonté d'une personne, est-ce que nous pourrions avoir des droits réels ? Nous pourrions avoir un individu qui jouisse de la chose parce qu'il y a eu action de la volonté du propriétaire pour le mettre en jouissance. Nous pourrions avoir un locataire, mais nous ne pourrions pas avoir un droit propre, un droit indépendant, un droit qui ne procède pas de la volonté du propriétaire. Tel droit contredit par son existence même la définition qu'on vient de donner du droit de propriété, et par conséquent, il y a contradiction entre le droit d'usufruit, le droit de jouissance d'une chose, dont un autre à la propriété, comme le propriétaire lui-même, et sans intervention de la volonté du propriétaire. Ce droit contredit la définition du Code civil.

Si, d'autre part, nous envisageons les servitudes d'une façon générale, la conciliation de l'existence des servitudes avec la définition du droit de propriété donnée par le Code civil est difficile, je ne dis pas qu'elle est impossible, elle est difficile.

Je ne reprendrai pas la définition des droits réels telle qu'elle est donnée par le Code civil : une charge imposée sur un héritage pour l'usage ou l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire, je n'insisterai pas sur la définition du

Le droit de servitude grève le fonds servant d'une façon qui

semble inconciliable avec la définition du droit de propriété.

Définition excellente du droit civil par le B.G.B.; elle ne peut se concilier avec la définition du droit de propriété par le C.C. français.

L'existence de servitudes naturelles et légales est opposée au droit absolu de propriété.

code civil parce que tout le monde reconnaît que cette définition est médiocre et imprécise, et que, d'autre part, cette définition a été donnée avec la préoccupation dominante de ne pas rétablir les droits féodaux. Mais le code allemand, dans son art. 1018 donne une définition du droit réel qui, celle-là, est acceptée par tous les civilistes et qui est acceptée comme la meilleure définition qu'on pourrait donner du droit réel, même dans le système du Code civil français. Voici cette définition : "un immeuble peut être grevé au profit du propriétaire d'un autre immeuble, de telle façon que ce propriétaire ait le droit d'user d'une certaine manière du fonds servant, ou que certain usage ne puisse être fait sur le dit fonds, ou que certains droits tenant à la propriété ne puissent être exercés à l'égard du fonds dominant.

Par conséquent, voilà une définition du droit réel approuvée par les civilistes français : la servitude est le droit d'user dans une certaine mesure du fonds du voisin, c'est le droit d'interdire certains usages naturels du fonds du voisin. Il y a donc une certaine contradiction, entre le droit réel et le droit de propriété; le droit réel vient ici comme une exception, comme une entrave du droit de propriété, et alors cette définition de tout à l'heure, droit absolu, droit exclusif, n'est plus rigoureuse.

Mais il y a plus, le législateur français lui-même avoue et reconnaît qu'il a eu tort de donner une définition aussi large du droit de propriété, puisque, lorsqu'il indique quelles sont les différentes espèces de servitudes, il écrit : elles dérivent ou de la situation naturelle des lieux ou des obligations imposées par la loi, ou de la convention des parties.

Elles peuvent dériver de la situation naturelle des lieux : il y a des servitudes naturelles, des servitudes légales, des servitudes contractuelles.

S'il y a des servitudes naturelles, est-ce que alors la définition donnée tout à l'heure du droit de propriété est conforme à la nature ? Est-ce qu'elle ne dépasse pas la vérité, la réalité ?

Et, de plus, si le code ne range sous la rubrique servitude naturelle qu'une seule espèce de servitudes, les servitudes d'écoulement des eaux, en réalité, la plus grande partie des servitudes légales sont des servitudes naturelles, sont des servitudes qui sont imposées par la nature des choses. Du reste, on a tenté d'expliquer ces servitudes légales. Cer-

tains y voient des servitudes quasi-contractuelles. Faire de ces servitudes des servitudes quasi-contractuelles, c'est inconsciemment essayer de légitimer ce qui existe comme Rousseau a essayé de légitimer la société existante par une idée quasi-contractuelle. C'est un peu du même ordre.

Par conséquent, ces définitions des droits réels de servitude et d'usufruit ne sont pas tout à fait d'accord avec les définitions du droit de propriété, et il est difficile de voir dans les droits réels autre chose qu'une sorte d'exception à un tel droit de propriété. Or, à peu près tous les interprètes du droit civil donnent des droits réels en général une définition qui, au lieu d'exclure la propriété, l'inclut. On donne une définition commune de tous les droits réels et on dit : il y a droit réel lorsqu'une chose se trouve soumise complètement ou partiellement au pouvoir d'une personne en vertu d'un rapport immédiat, opposable à toute autre personne. Il y a donc ici un rapprochement entre les différentes espèces de droits réels. Cette définition qu'on donne de tous les droits réels, y compris le droit de propriété, n'est pas en contradiction marquée avec le système du Code civil, bien entendu. Il n'y a pas nettement contradiction, mais je crois tout de même qu'au fond cela ne se concilie pas très bien. On a comme deux conceptions différentes du droit de propriété qui s'opposent, la conception du code civil que j'ai indiquée tout à l'heure, et puis la conception qu'ont dans l'esprit les hommes qui ont donné cette définition du droit réel. Ce qu'ils pensent ce n'est pas nettement ce qu'ils disent, parce qu'il s'agit pour eux d'être d'accord avec le Code civil, mais ce qu'ils pensent, c'est que le droit de propriété n'est pas véritablement un droit absolu et exclusif, que le droit de propriété c'est comme une sorte de gerbe de droits réels, c'est comme une sorte de réunion de tous les droits réels sur la chose. Pour eux, il n'y a plus opposition entre une totalité de droits réels que pourrait avoir un propriétaire sur un fonds libre de toutes servitudes et les divers droits que pourrait avoir ou un propriétaire de fonds grevé, ou un titulaire de droit réel.

Je crois que quand ils donnent une définition du droit de propriété, ils pensent que ce droit de propriété est une addition du droit réel, tandis que le Code civil, au lieu d'en faire comme une addition de droit réel en fait comme quelque chose de si total et de si exclusif que la propriété s'oppose au droit

Les commentateurs du C.C. considèrent que le droit de propriété est l'ensemble des droits réels et que l'on peut en retrancher un certain nombre.

réel.

Il y a donc une certaine résistance de la réalité pour se soumettre à la définition donnée par le législateur.

Cette difficulté, cette inconciliabilité, encore qu'elle ne soit pas extrêmement marquée, semble indiquer que la définition est mauvaise.

On pourrait encore ajouter que cette définition du code est progressivement abandonnée par le législateur moderne et que cette définition est impossible à concilier avec la propriété littéraire ou artistique.

Je n'insiste pas sur ce point, et je voudrais maintenant montrer que cette définition de la propriété donnée par le code n'est pas entièrement conciliable avec les explications données pour légitimer le droit de propriété.

En effet, il y a généralement deux explications proposées pour légitimer la propriété : une explication purement économique, une explication qui essaie, non pas de justifier le droit de propriété, mais de montrer l'opportunité d'un système reconnaissant le droit de propriété. Il y a ensuite une autre explication proposée celle-là par des philosophes, explication traditionnelle, qui remonte à la philosophie scolaire et qui essaie de montrer que le droit de propriété est légitime, parce que la propriété est conforme à la nature humaine et aux exigences de cette nature même.

J'essaierai de montrer qu'aucune de ces deux explications n'exige quelque chose d'aussi absolu que la définition donnée par le code, et j'essaierai de montrer que cette définition du code n'est pleinement légitimée et expliquée que par une doctrine de l'individualisme extrême, l'individualisme qu'on pourrait qualifier de jacobin.

Quelle est, en effet, la justification généralement donnée par les économistes du droit de propriété, celle qui est le plus couramment enseignée à l'école même par les civilistes ? En général, on nous dit ceci : la propriété est-elle juste ou injuste ? C'est une question que nous n'avons pas à nous poser, demandons-nous simplement si la propriété est utile, si il est opportun ou inopportun de conserver la propriété individuelle. Et, sur ce terrain, évidemment, la réponse est, je crois, assez facile à donner, il suffit, en effet, de considérer ce qui se passe autour de nous ; il est évident que cet angle purement opportuniste, la question peut se ramener à ceci : de quelle façon arrivera-t-on à nourrir

Contradiction du droit de propriété du C.C. et des lois récentes (propriété littéraire et artistique, lois sur les loyers).

Difficultés de concilier la définition du code et les théories légitimant la propriété. Elle ne se concilie ni avec l'explication économique, ni avec la légitimation philosophique.

La justification est fondée sur l'individualisme jacobin.

Explication économique : la propriété est opportune, par elle on arrive à la production la plus intense.

le plus d'hommes possible sur le moins de terrain possible ? Et alors, un économiste dont j'ai été l'élève autrefois, M. Cauvez répond : "Mais, à cette question, nous pouvons répondre que dans les pays sauvages, là où il n'y a pas de propriété individuelle, un homme vit malaisément sur une lieue carrée de terrain; dans les pays civilisés comme la France, une lieue carrée de terrain suffit à faire vivre deux mille personnes". Je ne sais pas si les chiffres donnés sont parfaitement exacts, il y a évidemment là une éloquence de mathématique qui dépasse certainement la réalité, il est impossible de faire des statistiques, mais tout de même, il est absolument hors de doute que dans les pays où il y a un régime de propriété individuelle, on arrive à une production de richesses plus grande que dans les civilisations où on n'avait pas de système de propriété individuelle, il est certain que lorsqu'on va s'approprier les produits de son travail, on produit plus que lorsqu'on n'a pas cet espoir.

L'idée de productivité est en contradiction avec le droit de disposer et de détruire sa chose.

Par conséquent, il est absolument évident que le système de la propriété privée est généralement plus opportun que les autres systèmes. Est-ce à dire cependant que cette idée d'opportunité suffit à légitimer le système du Droit civil ? Cette idée d'opportunité, si on l'applique à la propriété foncière, arriverait à nous faire dire ceci : il est opportun de remettre à une seule personne et d'une façon stable, d'une façon durable, la productivité de la terre; il est opportun de donner à quelque'un le droit de conserver pour lui indéfiniment les produits du sol qu'il cultive. Mais, ceci n'arrive pas à légitimer le système du Code civil qui entend rendre propriétaire non pas seulement de la force frugifère de la terre, mais encore du sol lui-même : Ceci ne légitime que malaisément le droit d'aliéner, et ne légitime plus surtout le droit de détruire la chose ou bien encore le droit de négliger cette chose et de n'en pas tirer ses produits normaux. On ne légitime plus non plus la propriété du dessus et du dessous qui sans servir le propriétaire de la surface nuit à l'intérêt général.

Egalement, si on admet l'idée de la légitimation de la propriété par son opportunité générale, on ne devrait pas opposer comme le fait le Code, le droit du propriétaire avec les servitudes légales qui peuvent exister au profit de la collectivité ou des voisins. Cette espèce de semi-conflit entre le droit de propriété et les droits réels, dont je vous parlais, ne doit pas exister avec un système qui serait

basé complètement sur l'idée d'opportunité.

Voyons maintenant comment les philosophes justifient le droit de propriété. Les philosophes se préoccupent eux, avant tout, de ne voir que ce qui est juste ou injuste, ils se préoccupent moins de voire ce qui est opportun ou inopportun. Mais il est assez curieux de noter que les conclusions pratiques auxquelles arrive cette doctrine philosophique rencontrent les conclusions pratiques auxquelles arrivent les économistes qui se basent sur l'idée d'opportunité. Cet accord renforce à la fois les conclusions des économistes et celles des philosophes.

Cette doctrine philosophique n'est généralement pas enseignée; elle est d'origine scolaïque et chrétienne et elle remonte à une époque extrêmement ancienne. En réalité, elle est à la base des idées que nous nous faisons aujourd'hui du droit de propriété. Le christianisme a si complètement façonné la mentalité moderne, que le plus souvent nous avons des réactions qui sont à base chrétienne. Cette doctrine scolaïque est au fond celle à laquelle nous pensons tous d'une façon implicite ou explicite, lorsque nous estimons que la propriété est légitime.

D'après ces philosophes, l'homme a par nature, je dirai volontiers par construction, des besoins : L'homme a naturellement besoin d'un certain nombre de richesses qui sont indispensables à son existence; du moment que l'homme a été construit avec le besoin de ces richesses, il est conforme à la nature de l'homme, il est conforme au devoir de l'homme de rechercher ces richesses, il a le devoir de rechercher les richesses qui sont nécessaires à sa nature; et par conséquent, il a aussi le droit à ces richesses indispensables à son existence. Si donc l'homme vivait seul, comme une sorte de Robinson dans son île, il aurait droit, je ne dis pas à toutes les richesses de l'île, mais à toutes les richesses de cette île qui peuvent être utiles à sa subsistance normale et à ses besoins naturels. Mais, comme il y a beaucoup de Robinson dans les terres surpeuplées que nous habitons, il ne peut être évidemment question de dire que l'homme peut librement prendre toutes les richesses dont il a besoin pour sa subsistance. On est amené à penser que l'homme doit avoir le droit de pouvoir produire les richesses nécessaires à son existence. En d'autres termes, l'homme a le droit au travail, et il a droit à un travail suffisamment productif pour qu'il puisse vivre des produits de ce travail.

L'homme a des besoins; il doit chercher à y satisfaire; il doit donc produire ce qui lui est nécessaire.

L'homme peut conserver les produits de son travail, mais dans la limite de ces besoins. Il n'a donc pas un droit d'appropriation absolu.

Mais ici, une question se pose: est-ce que l'homme a le droit de conserver tous les produits de son travail, même lorsque ces produits dépassent ses besoins naturels ? Il est évident que les arguments qui ont été indiqués tout à l'heure pour légitimer le droit de propriété, le droit à l'appropriation des richesses nécessaires à son existence, ne peuvent plus nous donner le droit absolu et totale à la conservation des produits du travail au-dessus des besoins naturels de l'homme. Mais ici intervient la question d'opportunité résolue tout à l'heure par les économistes. Puisqu'il est opportun au point de vue économique de laisser à l'individu l'intégralité du produit de son travail, il est également conforme à la morale naturelle de lui laisser ce produit.

Néanmoins il y aura toujours un devoir de conscience pour l'homme qui produit plus que ses besoins, d'utiliser ce surplus du produit de son travail pour en faire un emploi charitable. Mais alors cet emploi charitable cesserait d'être un devoir de charité et deviendrait un devoir de justice si la prudence du législateur et de l'économiste estimait opportun de retirer à l'individu le surplus du produit de son travail.

Le système chrétien comme la doctrine économique ne consistent à la propriété que comme limité à la production des richesses

Voilà le système. Pratiquement il aboutit aux conclusions des économistes de tout à l'heure. Nous sommes donc de nouveau amenés à nous dire qu'on peut légitimer ainsi le droit à la force productive du sol et encore à la force productive d'un sol qui ne soit pas démesurément étendu; mais nous n'avons pas ici le droit au sol lui-même, nous n'avons pas le droit au-dessus et au dessous du sol. Nous n'avons pas cette espèce de souveraineté sur le sol qui est la conception du droit civil. Nous n'avons donc pas ici de conflit possible entre le droit du propriétaire et les droits des voisins, ou ceux de la société; pas de conflit en d'autres termes avec les autres droits réels. Nous n'avons pas le droit de détruire la chose, ou même de la conserver sans lui faire produire les richesses qu'elle est en état de produire.

Vous voyez qu'il y a dans ce système-là, comme dans le système des économistes, des limitations au droit de propriété, des restrictions au système qui paraît être celui du code civil.

Donc, ce n'est pas au nom de l'opportunité économique, ce n'est pas au nom du droit naturel qu'on peut légitimer le système de notre droit.

En réalité, ce système n'est d'accord qu'avec la conception des individualistes, dans sa forme même la

La conception du droit de

propriété du C.C. est purement individualiste et jacobine.

Le dogme de la souveraineté de l'individu.

Antagonisme des droits de l'individu et de la société

Le conflit de l'état et de l'individu peut conduire du socialisme le plus rigoureux à l'anarchie la plus entière. Le droit de propriété est donc très limité ou au contraire absolu

plus extrême, dans la forme qui était celle des Jacobins et des rédacteurs du code civil.

Dans un système comme celui-là, on part de cette idée que l'individu est normalement libre, absolument libre, qu'il est omnipotent, qu'il est souverain, qu'il a une liberté sans fin et sans limite. Et alors, dans un système comme celui-là, du moment que l'homme peut tout ce qu'il désire, lorsque le désir d'un homme rencontre le désir d'un autre homme, on se trouve en face d'une lutte de souveraineté, d'un conflit d'omnipotence, on parvient donc à un état de guerre. Comme le dit Rousseau, la société n'a plus alors d'autre but que de limiter ces conflits de souveraineté, que d'essayer de diminuer ces heurts entre les individus indépendants. Mais, il est évident que lorsque Rousseau dit que la société est le résultat d'un accord librement consenti entre des individus, il essaye, en réalité, de camoufler la réalité qui est tout simplement le conflit entre les intérêts de l'individu et ceux de la société, le conflit entre la souveraineté de l'individu et celle de l'Etat. Dans ce système, nous devons partir de l'idée que l'individu est complètement libre, complètement autonome, complètement souverain et que, par conséquent il peut exercer cette souveraineté sur les choses, et que, par conséquent, il doit avoir le droit de disposer complètement de la chose, le droit de la détruire, le droit d'interdire aux autres de s'en servir de la façon même la plus minime qu'il soit possible d'imaginer, le droit d'en faire totalement et complètement tout ce qu'il veut, et le droit de s'opposer farouchement à toute espèce d'intervention de tiers sur ce qu'il peut prétendre être son bien.

Nous pouvons alors légitimer le droit de propriété tel qu'il est réglementé par le code civil. Mais il faut bien se dire que dans un système comme le système individualiste à outrance, il n'y a plus de limite normale et naturelle à la liberté de l'individu, il n'y a pas non plus de limite normale et naturelle à l'intervention de l'Etat, si bien qu'avec l'individualisme nous passons très aisément d'un système d'anarchie, ou si l'on préfère, d'un système de liberté totale de l'individu à un système d'intervention autoritaire et tyrannique de l'Etat, sans qu'on puisse dire où doit s'arrêter cette intervention de l'Etat: il n'y a pas de limite normale à la liberté, il n'y en a pas non plus à la loi; et, par conséquent, nous pouvons très aisément passer avec l'individualisme d'un système de droit de propriété extrême à un système au contraire de limitation extrême de ce droit de propriété, et les lois socialistes qui ont pu passer ces temps derniers, et les restrictions quelquefois très grandes

qui ont pu être apportées par exemple dans la législation des loyers, sont après tout, des interventions qui sont parfaitement d'accord avec cette espèce d'idée de conflit entre l'individu et la société.

Le droit de propriété que nous a donné le code est un droit à la fois très brutal et très fragile, un droit contre lequel la société peut, en restant presque conforme à ses principes arriver à prendre des mesures qui pourraient restreindre singulièrement non seulement la liberté totale, mais la liberté naturelle de l'homme.

Je n'insiste pas davantage sur cette critique doctrinale du système du code civil, et j'en arrive maintenant à me demander si l'exemple des législations voisines ou des législations anciennes nous autorise à considérer le système du droit de propriété prévu par le code comme un système qui est conforme à la nature humaine, conforme à l'être ontologique au point qu'il n'a pas pu exister d'autre système que celui-là.

Pour répondre négativement à cette question, il suffit de regarder l'histoire ou de regarder ce qui se passe à côté de nous, dans des pays voisins.

Je n'insisterai pas sur l'argument historique, je n'ai pas besoin de vous dire, n'est-ce pas, que le système de propriété individuelle privé du code civil est un système qui n'a pas toujours existé, vous avez fait du droit romain en première année, et vous vous souvenez certainement que si quelques auteurs comme Bonfante, (Hist. du droit romain, Trad. Carrère, p. 194 et s.), par exemple, ou comme Fustel de Coulanges avant lui, ont prétendu que le droit romain a toujours connu le régime de la propriété individuelle, la plupart des auteurs croient au contraire qu'il y a eu à Rome un système de propriété collective, et ils en donnent des arguments qui m'apparaissent absolument déterminants. C'est d'abord l'existence de la mancipation dont la forme s'adapte parfaitement à l'acquisition d'une chose mobilière, mais ne s'adapte pas naturellement à celle d'un fonds de terre. Il a fallu pour réaliser des mancipations de fonds de terre imaginer tout un système de symbolisme assez compliqué. Il a fallu que l'on prenne des objets simulant le fonds de terre, comme par exemple une motte de gazon sur laquelle on accomplissait les rites de la mancipation. Il y a là quelque chose qui nous montre que ce système de la mancipation, qui a été le seul mode de transfert de la propriété, était un système qui ne convenait pas à l'aliénation des terres, d'où cette conclusion qui me semble bien légitime; il y a eu une époque où les terres ne s'aliénaient pas, où les terres

La propriété devant l'histoire et le droit comparé

Historiquement le droit de propriété n'a pas été chez tous les peuples un droit absolu L'ancien droit romain a connu la propriété collective des fonds de terre

étaient des propriétés de l'Etat ou du groupe

D'autre part, vous savez aussi qu'il y a un système de propriété familiale à Rome, et alors là, les traces sont encore plus précises, c'est le système des heredes sui.

On sait qu'il y a eu des polémiques, en particulier, d'une part, Fustel de Coulanges et, d'autre part toute une série d'autres savants français et étrangers, sur la question de savoir si le système de la propriété individuelle était plus ancien que celui de la propriété collective. La discussion a porté principalement sur les Germains, les Romains et les Celtes. Je ne veux pas entrer ici dans le détail, mais enfin, je crois pouvoir dire que maintenant, à peu près tout le monde est d'accord pour reconnaître que Fustel de Coulanges avait tort. Le livre le plus important là-dessus est l'ouvrage de Laveleye sur la propriété et ses formes primitives (4^e éd. 1891).

Gide classe sous
7 chefs les dif-
férents systè-
mes d'appropria-
tion qui se
sont succédé
historiquement

Essayons de donner un aperçu d'ensemble sur l'histoire de l'évolution du droit de propriété, M. Gide, dans son manuel déclare qu'il y a eu sept formes successives de propriété. Voici ces sept formes successives de propriété qu'il indique, sans cependant faire miennes toutes les conclusions ni toutes les affirmations de l'auteur.

1 - Il nous dit: il y a eu d'abord primitivement, un système dans lequel il n'existe aucun espèce de propriété foncière. Les peuples étaient tous chasseurs ou pasteurs, et ensuite les peuples sont devenus semi-agriculteurs, mais comme il y avait plus de terres que de besoins, on ne songeait pas à faire une appropriation.

2 - Ensuite, d'après cet auteur, la propriété est devenue temporaire, à peu près toutes les terres ont été utilisées, mais alors elles sont devenues la propriété du clan, du groupe qui les remettait successivement en jouissance aux différents membres du groupe. D'après lui, par conséquent, le système du mir russe était le deuxième système qui serait apparu dans l'histoire.

3 - Après cela, on en serait arrivé à un type de propriété familiale, dans lequel le chef de famille n'avait aucun droit de disposition sur la terre, précisément parce que cette terre était familiale et ne lui appartenait pas en propre. C'est le système des Zadrugas de Bulgarie ou de Croatie.

4 - Ensuite, nous dit-il, il y a eu un quatrième système, le système de la conquête: des peuples conquérants se sont emparés du sol, et ils en sont devenus propriétaires, ne laissant aux vaincus que des tenures sur ces terres, et pour M. Gide, le type de

ce régime de propriété, ce serait celui de la Grande-Bretagne. (Je n'ai pas besoin de dire que sur ce point je fais les plus extrêmes réserves).

5 - Ensuite, serait apparu le système de la propriété privée, telle qu'elle est réglementée par le code, mais ce serait, dit M. Gide, un système qui se serait répandu sous l'influence des hommes de 1789.

6 - Après cela, alors apparaît un système différent de mobilisation de la terre, c'est le système de l'acte Torrens de 1858, le système de l'Australie, le système des registres fonciers, qui permettait les transferts de propriété en remettant les titres de propriété.

7 - Puis, il y aurait à l'horizon un septième système, qui apparaîtrait, dans lequel les terres deviendraient comme la propriété d'immenses sociétés par actions, et les individus ne seraient plus que des actionnaires ayant une espèce de droit personnel sur la terre, le droit de propriété lui-même s'amenuisant, disparaissant presque complètement; la personne morale de la société conserverait peut-être un certain droit aux fruits, mais on ne saurait plus qui est propriétaire du sol.

Gide considère le type de la propriété du Code civil comme un stade de l'évolution, un système temporaire "destiné à disparaître et déjà dépassé"

Qu'y a-t-il de vrai dans toute cette construction ? Je ne me le demande pas, mais le seul fait qu'un économiste de valeur ait pu ainsi entrevoir sept types différents de propriété suffit à nous montrer que le système du code civil n'est pas le seul qu'on puisse concevoir. Il y a même quelque chose de remarquable, c'est que Gide considère le type du droit civil français comme un type qui est apparu sous l'influence des principes de 1789, donc comme quelque chose de tout à fait temporaire, sinon accidentel.

La propriété en droit comparé. La Russie soviétique et la propriété.

Considérons maintenant quelques-uns des peuples modernes et voyons si dans tous les peuples modernes qui nous entourent le système de propriété du code civil existe.

Il est évident qu'en Russie nous n'avons pas le système de propriété du code civil. Je voudrais essayer de vous indiquer brièvement d'abord comment le système russe a été réalisé; puis ensuite en quoi il consiste; je voudrais enfin vous montrer que ce système - encore que je n'ai nullement l'intention d'en faire le panégyrique, encore que je n'en souhaite nullement l'apparition en France - n'est pas complètement et totalement irrational, qu'il ne puisse prouver qu'on peut concevoir la propriété autrement que nous le faisons.

Le communisme a peur de l'affirmation du droit

Le système du code civil ou du code agraire russe d'aujourd'hui n'est pas exactement celui qu'avaient rêvé les premiers révolutionnaires. Il y a d'abord eu

comme une fureur de destruction, on a voulu détruire d'abord, non pas seulement les institutions existantes mais je dirais presque jusqu'au concept même du droit. On disait: "Il nous faudra combattre l'idéologie juridique encore plus que l'idéologie religieuse", et de fait, en système communiste, l'idéologie juridique est peut-être plus dangereuse que toutes les autres, car le droit, quel qu'il soit, si pesant soit-il, si favorable à la société et si dur à l'individu qu'on puisse l'imaginer, par le seul fait qu'il existe, est tout de même une limitation de l'intervention de l'autorité il est tout de même l'indication de ce qui reste de liberté aux individus. Par conséquent, un droit, quel qu'il soit, est pour eux dangereux, et aussi lorsqu'ils ont établi le système de leur droit civil, le collège de cassation a fait une circulaire dont voici la traduction :

"Nos Tribunaux n'ont pas besoin d'être hypocrites "avec la loi (j'entends avec la loi révolutionnaire) "lorsque les intérêts des travailleurs ou de l'Etat "l'exigent, ils peuvent aller ouvertement au delà de "cette loi. Les jugements concrets doivent protéger "les intérêts de la classe ouvrière et des travail- "leurs en général, ainsi que des créations socialis- "tes".

Abolition de la propriété. Les travailleurs conservent un droit d'usufruit

On voit cette crainte de la loi, cette crainte du droit ! Bien entendu, on a commencé par détruire le droit de propriété et il y a eu une loi du 14 décembre 1917 pour interdire toute transaction sur les immeubles, une loi du 12 août 1918, pour proclamer l'abolition de la propriété individuelle sur toutes les constructions bâties, au moins des villes de plus de 10.000 habitants. Et puis, au point de vue des terres, il y a eu le 8 Novembre 1917 une déclaration des droits du peuple travailleur et exploité, qui dans son article Ier disait: "Toute la terre devient la propriété de tout le peuple, et l'usufruit en échoue à ceux qui la travaillent". Dans l'art. 3, on proclamait encore à nouveau l'abolition de la propriété individuelle, et le transfert sans indemnité de tous les biens fonciers aux travailleurs, selon un principe égalitaire.

Mise en commun des récoltes; résistances des cultivateurs

Mais un partage même égal des terres entre les usufruitiers avait pour résultat de laisser une certaine autonomie individuelle, un certain droit aux fruits, alors, au début de la révolution, il y a eu un effort pour réaliser une confiscation des engrains et des semences et une distribution des engrains et des semences, pour obliger ensuite les paysans à cultiver tous suivant un certain mode établi, et remettre ensuite à la collectivité tous les produits de

la terre qui n'étaient pas indispensables à leur entretien à eux-mêmes.

Le résultat de ces mesures a été déplorable. Les paysans ont cultivé ce qui était nécessaire à leur entretien et ils ont fait des résistances pour cultiver ou laisser confisquer le reste.

Retour à une doctrine plus individualiste; le paysan a un droit stable d'usufruit sur la terre qu'il cultive

D'autre part, les constructions bâties qui sont devenues la propriété de l'Etat ou des municipalités n'ont plus été entretenues et alors Lénine dès 1921-22 a senti qu'il était nécessaire de faire marche en arrière, et on a commencé à revenir à un système moins anti-individualiste. C'est ainsi que dans le Congrès des Travailleurs de la Terre, de février 1922, on a proclamé le droit du paysan à la terre qu'il laboure, droit non seulement du paysan à la terre qu'il laboure, mais droit à la solidité, à la continuité, à la stabilité de son usufruit sur le terrain qu'il laboure.

Vous voyez, ceci est quelque chose d'assez individuel, d'assez voisin économiquement, du droit de propriété.

D'autre part, il y a eu aussi un travail de démunicipalisation des constructions habitées pour les remettre aux particuliers, avec charge, bien entendu, de les réparer.

Affirmation par le code civil de 1925 des droits de l'individu. Justification opportuniste: la meilleure productivité

Ensuite, on a fait, conformément au système de l'ancien régime, un code agraire en 1922 et un code civil en 1925. Ce code civil contient un art. 4 qui dispose : "En vue de développer les forces productrices du pays, la République des Soviets reconnaît la capacité civile, c'est-à-dire la capacité d'avoir des droits et des obligations civiles, à tous les citoyens non limités dans leurs droits en vertu d'un jugement". (Le sexe, la nationalité, la religion sont sans importance).

Le semi-individu est un octroi de la loi, dans un but économique et non une souveraineté d'essence supérieure

Il y a là une formule qui est un aveu: "en vue de développer les forces productrices du pays", on a abandonné le collectivisme intégral, pour revenir à un régime de semi-individualisme, à un octroi, par la loi du droit de s'obliger ou d'être obligé.

Mais, ceci était un octroi de la loi, ce n'était pas la reconnaissance, remarquez-le bien, du droit de l'individu d'être sujet de droit actif ou passif, c'était la nécessité économique, l'intérêt social qui faisait dire: l'Etat vous reconnaît, vous octroie un droit, vous concède un certain droit de vous obliger et d'être obligé.

Et l'art. Ier du code avait encore soin de préciser: "Les droits civils sont protégés par la loi, sauf les cas où ils sont exercés dans un sens contraires à leur destination économique et sociale". Qu'est-

ce que ceci veut dire ? Il est difficile de répondre si l'on n'a pas étudié le droit russe; il est dangereux d'émettre ici une opinion personnelle; je constate simplement que cet article Ier a été interprété différemment par les légistes russes bolcheviks ou anti-bolcheviks; les uns - je suis porté à croire que c'est eux qui ont raison - disent: ceci veut dire : l'Etat concède des droits aux individus, il peut les retirer comme il l'entendra, s'il estime que tel est son intérêt; et, par conséquent, les droits seraient exercés dans un sens contraire à leur destination économique ou sociale tout simplement si l'Etat estimait qu'il a intérêt à retirer les droits qu'il a concédés aux individus. Dans un système comme celui-là ce serait si vous voulez, un octroi de droit précaire, un octroi dont la concession ou le retrait serait à la disposition des autorités bolcheviques.

D'autres légistes au contraire, bolcheviks ou anti-bolcheviks disent: -Non, cet article veut simplement dire qu'il peut y avoir des abus de droits, et cet article vise simplement la théorie des abus de droits. Alors dans une interprétation comme celle-là, il faudrait aller encore plus loin que je le faisais tout à l'heure dans le sens de la concession aux doctrines individualiste, il faudrait alors déclarer qu'il y a bien effectivement une reconnaissance des droits individuels limitée, mais simplement par la théorie des abus du droit.

Quoi qu'il en soit, il y a évidemment dans cet article un aveu, c'est l'aveu de l'impossibilité de réaliser un collectivisme intégral, en partant de cette idée que l'individu peut s'obliger ou être obligé, le législateur bolchevik est arrivé à reconnaître un certain nombre d'institutions, il a reconnu, par exemple l'existence de concessions. La concession, c'est un acte contractuel qui est passé entre, d'une part, l'état, et d'autre part, un particulier, en vertu duquel le particulier a la possibilité de disposer d'une partie du domaine public, dans les limites qui sont fixées par le cahier des charges de la concession. C'est donc, vous le voyez, un droit personnel d'utiliser certaines choses, il n'y a pas un droit réel ici, il n'y a pas un droit sur la chose, il y a si nous partons de l'idée de contrat, un droit personnel de se servir d'une chose, ou si nous partons de l'idée de concession, un droit de l'Etat, qui, en vertu de l'autorité publique, ordonne et permet d'utiliser quelque chose.

Bien entendu, ces concessions sont extrêmement précaires, elles sont toujours limitées dans le temps par la charte de concession; elles sont aussi limitées

La concession.
Elle ne crée
pas de droit
réel, mais un
droit personnel
à se servir de
la chose

Caractère tempo-
raires et limité
de la concession

Le cahier des charges

quant à la manière d'utiliser la chose, on fixe par exemple les conditions de l'exploitation, les charges, les redevances parfois très lourdes qui peuvent être dues par le concessionnaire, et enfin, l'art. I du code civil dont je parlais tout à l'heure, vient encore lui aussi apporter sa restriction au droit du concessionnaire.

L'art. 58 reconnaît le droit du propriétaire sur certaines choses (meubles et construction) mais limité par les termes de l'art. 1

Le code civil a reconnu également le droit de propriété et, dans son art. 58, il proclame le droit de propriété en prenant textuellement les termes du code civil suisse: "le propriétaire a, dans la limite fixée par la loi, le droit de posséder, jouir et disposer de ses biens", mêmes termes, cela ne veut pas dire même esprit, parce qu'il y a toujours l'art. Ier du code civil qui n'existe pas dans le droit suisse et qui, par conséquent, dans le droit suisse donne une stabilité au droit de propriété qui n'existe pas ici. Du reste, ce droit de propriété, encore qu'il soit reconnu et qu'il contienne, vous le voyez, les trois éléments, le droit de posséder, de jouir et de disposer, ce droit de propriété ne peut s'exercer que sur fort peu de choses, sur les meubles et aussi sur la propriété bâtie. Mais ce droit sur les constructions est si faible que certains articles du code civil semblent les oublier, déclarent que la propriété ne peut exister que sur les meubles. Les propriétaires de construction ont un droit de propriété extrêmement limité; ils n'ont pas le droit d'occuper pour eux-mêmes plus d'une certaine partie de l'immeuble, ensuite ils sont obligés d'admettre, je crois, un certain nombre de locataires qui leur sont imposés. Enfin ils sont tenus à des réparations, et s'ils ne réparent pas on peut leur reprendre les constructions; en réalité, ces concessions ont été faites pour qu'ils réparent. On peut aliéner, mais ce droit d'aliénation est très étroitement réglementé.

Le droit d'aliéner les constructions existe mais limité

D'autre part, le propriétaire de la construction bâtie n'est pas propriétaire du sol sur lequel on pose cette construction, tout le sol est la propriété de la République des Soviets.

Le code agraire de 1922. Son importance; L'usufruit agraire

Voilà quelles sont les dispositions du code civil russe. Mais, d'autre part, à côté du code civil, il y a un code agraire qui a été rédigé en 1922, avant le code civil, et qui celui-là, règle alors le régime de la propriété foncière. Ce régime de la propriété foncière est plus important à étudier que le régime de propriété prévu par le code civil, parce qu'il intéresse beaucoup plus de gens et beaucoup plus de choses. Il existe en effet, d'après le professeur

Bozil Eliachevitch vingt millions d'entreprises agricoles en Russie et 83 % du sol est concédé en usufruit agraire.

Le préambule du code agraire russe : on commence par déclarer qu'en vertu des ordonnances qui ont été rendues par les différentes autorités soviétiques et qu'en vertu de la volonté générale du peuple, des paysans, des travailleurs, et des soldats, le droit de propriété sur le sol, le sous-sol, les eaux et forêts ou sur le territoire de la République des Soviets, est aboli pour toujours. Mais après avoir posé ce principe on indique dans l'art. 9 du code agraire qu'en principe tous les travailleurs ont droit à un certain usufruit, c'est-à-dire ont le droit d'avoir pour leur jouissance personnelle un fragment du territoire russe.

Le droit de propriété du sol est aboli

Dans le préambule du code agraire de 1922 ceci a été exprimé en un langage assez solennel : "En vertu "des ordonnances des Congrès pan-russes des Soviets, "des députés et des ouvriers, paysans et soldats rouges, fondées sur la volonté révolutionnaire clairement "exprimée des paysans et des ouvriers, le droit de "propriété sur le sol, le sous-sol, les eaux, les forêts, et d'une façon générale, le territoire des Soviets de Russie, est aboli pour toujours".

L'appropriation des fruits du sol subsiste cependant

Voilà le principe. Mais si on a ainsi aboli la propriété du sol, et du sous-sol, a-t-on également aboli le droit à l'appropriation de la puissance frugifère du sol.

L'art. 9 du code agraire essaye de poser en principe que le droit à la puissance frugifère du sol appartient à tous les citoyens russes, à tous ceux qui voudront travailler le sol : "Le droit à la jouissance "de la terre, pour la conduite d'une économie agricole appartient à tous les citoyens de la République, "sans distinction de sexe, de confession ou de nationalité, qui désirent la cultiver par leur travail". Il suffit d'exploiter soi-même, d'après cet article, pour avoir droit à un usufruit ouvrier (c'est-à-dire droit de jouissance).

Tel est le principe. Voici maintenant les dispositions pour réaliser ce principe : "Les citoyens qui "désirent recevoir la terre en usufruit travailleur "sont pourvus de terre soit par les communautés agraires dont ils font partie, soit par les organes agraires, si ceux-ci ont à leur disposition une réserve "affectée à l'usufruit agraire".

Tout le monde a droit à la ter-sol par leur travail. Pour obtenir un morceau de terre à condition de faire partie d'un groupe

Donc, droit pour tous les citoyens à cultiver la terre, il suffira d'en demander au groupe dont on fait partie, ou d'en demander aux groupes qui ont encore des terres libres. Mais, il n'existe plus de terres

Mais les groupes sont de véritables castes fermées

libres, les communautés agraires ont disposé de toutes les terres libres qui existaient. D'autre part, pour entrer dans un groupe, dans une communauté agraire, il faut l'agrément de tous les membres qui, bien entendu, ont intérêt à le refuser. De sorte que si on pose bien le principe, droit pour tout le monde à cultiver le sol; on indique en même temps les conditions nécessaires pour pouvoir réaliser ce droit, et ces conditions sont telles que, pratiquement, ce droit n'existe pas ! On aurait aussi bien pu dire: la terre appartient à ceux qui la cultivent. Un point, c'est tout, et cela revenait au même, on a posé un principe et on a fait immédiatement ce qu'il fallait pour que ce principe ne puisse pas avoir d'application pratique.

Très loin dans le principe du système bourgeois, le régime de la propriété soviétique s'en rapproche beaucoup en fait.

Voilà un système de propriété qui n'est pas très différent en pratique de celui qu'on peut connaître dans les pays bourgeois. L'art. 141 vient confirmer cette affirmation. Voici en effet comment s'exprime cet article 141 qui est pratiquement, sinon doctrinalement, en contradiction avec l'art. 9: "A dater du "jour de la promulgation de la loi fondamentale sur "l'usufruit travailleur de la terre du 22 mai 1922 est "déclaré être confirmé en usufruit travailleur permanent pour les cantons, les villages et autres unions "agricoles toute la quantité de terre qui se trouve "présentement l'usufruit travailleur effectif". On maintient définitivement en possession ceux qui y sont déjà, et ceux qui n'y sont pas encore n'ont donc rien. D'autres articles encore viennent confirmer cette idée.

Nous allons donc voir d'abord qui peut avoir un usufruit travailleur et nous verrons ensuite quels sont les droits de celui qui détient un usufruit travailleur.

Qui peut avoir un usufruit travailleur ?

Trois catégories de personnes juridiques peuvent avoir cet usufruit travailleur, ce droit exclusif à la jouissance des fruits du sol.

Ce sont :

- 1° - Les communes agraires
- 2° - Des confréries
- 3° - Des groupements familiaux que l'on appelle des "dvor".

Ces communes agraires sont de types assez variés et d'importance inégale. En réalité, ces communes agraires sont, je ne dirai pas une survivance, parce que ce mot semblerait indiquer que c'est en déclin, mais une continuation des anciens mirs russes, de l'ancien régime russe.

Ces communes agraires sont les possesseurs, les détenteurs exclusifs de la jouissance de ce sol, de la

Les communautés qui ont l'usufruit-travailleur

La commune agraire héri-tière du mir russe

puissance frugifère de ce sol.

Ces communautés agraires ont des attributions assez variées, mais l'attribution peut-être la plus importante consiste en ceci: elles sont chargées de partager le sol ou entre les confréries ou entre les dvor, de faire des partages du sol, partages du sol qui peuvent avoir lieu d'une façon périodique et qui peuvent être faits suivant des méthodes diverses: on peut prévoir des partages d'un seul tenant ou des partages de parcelles différentes. Il y a un système assez compliqué et dans le détail duquel je ne cherche nullement à entrer.

En dehors de cette attribution, elles sont également chargées de pouvoirs juridictionnels, et elles sont aussi chargées de la gestion des parties du sol qui peuvent avoir été laissées en communauté pour des pacages, par exemple, pour des bocages.

La commune russe n'est certainement pas plus nombreuse aujourd'hui que dans l'ancien régime, du moins d'après l'auteur indiqué tout à l'heure, il y aurait même peut-être, semble-t-il, d'après ce qu'il dit, une tendance à la diminution.

La confrérie agraire, association libre. Difficultés internes pour la répartition du travail. La confrérie est une grande exploitation.

Il y a ensuite un deuxième type d'exploitation, la confrérie agraire. Cette confrérie agraire est un regroupement libre d'individus qui se réunissent pour exploiter un sol dont ils obtiennent la concession en usufruit travailleur.

Ces groupements libres ont une organisation intérieure assez compliquée parce qu'il s'agit de répartir le travail et de répartir les produits du travail entre un très grand nombre de personnes. Et il y a aussi de complications assez grandes pour savoir ce qui doit être la propriété du groupe, de la confrérie, de la personne morale et ce qui peut être la propriété des différents individus qui en font partie.

Ce système a été très vivement recommandé par le pouvoir central; le gouvernement russe aurait aimé voir se développer profondément ces confréries pour deux raisons faciles à comprendre: c'est d'abord que la confrérie c'est forcément une grande exploitation, et, par conséquent on trouve les avantages techniques de la grande propriété, et puis c'est quelque chose conforme à la doctrine collectiviste.

Cependant, d'après le même auteur, il semblerait que ces confréries n'ont pas eu un très gros succès, il y en a, mais enfin par un nombre considérable, puisqu'elles ne représenteraient que 21.923 entreprises sur un total de vingt millions d'entreprises. Ce chiffre ne prouve rien; il faut retenir en tout cas que ces organisations groupent un nombre appréciable de personnes, plus d'un million de membres et près de

Le dvor, groupement familial agricole

trois millions d'hectares.

Enfin, la dernière personne juridique qui peut être titulaire de l'usufruit travailleur, c'est le dvor. Il est certainement de beaucoup le plus fréquent.

Le dvor a été défini par l'art. 65 du code agraire: "un groupement travailleur familial de personnes "se livrant ensemble à l'agriculture". "Mais le dvor "peut même se composer d'une seule personne sans famille, et ceci sans distinction de sexe". C'est donc l'exploitation familiale ou l'exploitation individuelle.

Autrefois, dans l'ancienne Russie, le dvor était commandé par le chef de famille. Actuellement, ce n'est pas nécessairement le chef de famille qui commande le dvor, ce peut être une autre personne. Et ce chef d'exploitation, que ce soit du reste le chef de famille ou que ce soit un autre individu, ce chef d'exploitation, dis-je, peut être cassé, ses pouvoirs peuvent lui être retirés à la demande des membres du dvor, mais suivant une procédure assez compliquée. Il peut être cassé pour incapacité.

Par conséquent, sont membres du dvor tous ceux qui se trouvent effectivement participer à l'exploitation sans être salariés, et on considère comme membre du dvor même les vieillards qui ne peuvent plus travailler même les enfants qui ne sont pas encore en âge de travailler. Font également partie du dvor les personnes qui ont quitté le dvor pour aller s'employer comme salariés ailleurs, en ville, par exemple, à la condition que ce départ ne soit que temporaire et à la condition qu'il n'ait pas été l'objet d'une sorte d'exclusion légale.

Par conséquent, le nombre des membres du dvor varie: les décès évidemment font sortir du dvor; les adoptions peuvent y faire rentrer et sortir; les mariages font entrer et sortir. Il y a là du reste quelque chose qui est prévu par une remarque de l'art. 166 et qui m'a frappé parce que j'ai trouvé quelque chose qu'on pourrait appliquer à la famille romaine: "Les personnes qui entrent dans le contingent du dvor, par suite de mariages ou d'adoptions, acquièrent le droit à la jouissance de la terre et de l'avoir mobilier de jouissance commune, en tant que membres du dvor. Conformément au droit commun, ils perdent en même temps le droit à la jouissance de la terre dans un autre dvor". Il y a là quelque chose qui est évidemment comparable aux effets de l'adoption ou du mariage cum manu des Romains, et il y a là plus qu'une similitude apparente, il y a là une similitude foncière. Il y avait en effet à Rome une certaine organisation familiale, de familles, de copropriété familiale et non indi-

L'entrée dans un dvor fait acquérir des droits au sein de ce groupe, mais perdre ceux existant antérieurement au sein d'un autre? Parallélisme avec les effets de l'adoption ou du mariage cum manu romain

viduelle, qui devait avoir pour résultat d'entraîner effectivement ces exclusions de la communauté familiale par suite d'adoptions ou de mariages. Quand autrefois dans l'ancienne famille russe, le chef du dvor était forcément le pater familias, il y avait entre l'institution russe et l'institution romaine des similitudes qui ont été étudiées bien des fois par les sociologues. Je me rappelle parfaitement avoir lu dans l'Année sociologique, avant la guerre, avant 1914, des articles qui montraient la similitude qui existait entre la famille russe et l'ancienne famille romaine.

Le dvor peut être divisé à la demande de ses membres. On peut sortir du dvor pour constituer plusieurs dvor indépendants, avec des parcelles, des fragments du territoire de l'ancien. Nous savons mal du reste dans quelle mesure ceci se réalise en pratique, le professeur Bazil Eliachevitch affirme que la chose peut se faire, il semble même dire que la chose est assez courante, mais il n'est pas très précis sur ce point.

De plus, il y a une tendance à favoriser la constitution de ces dvor, c'est-à-dire de ces groupements particularistes contre la commune agraire: il est permis, même en dehors des époques de partage, de demander à sortir de la commune agraire pour constituer un dvor autonome et indépendant: ici, on peut le demander, ce n'est pas un droit. Au contraire, d'après l'art. 135 du code agraire, à l'époque où se font les partages de terre (comme je vous l'ai dit, la commune agraire fait des partages) au moment des partages périodiques, c'est un droit, on peut exiger la constitution du dvor autonome, on peut même contre la volonté de la commune agraire, l'obliger à vous concéder en dvor autonome et indépendant et définitivement séparé de la commune, la parcelle de terre à laquelle on aurait eu normalement droit par le partage.

Vous voyez qu'il y a donc là une tendance à favoriser une organisation particulariste contre une organisation communautaire.

Quels sont les droits de l'usufruitier agraire, que cet usufruitier soit d'ailleurs dvor, confrérie ou commune ?

Les dispositions que je vais vous lire sont plus faciles à faire jouer avec le dvor qu'avec les autres groupements, mais elles sont possibles dans les trois cas, ce sont des règles générales.

En ce qui concerne le droit d'usufruit, le législateur a voulu deux choses: il a voulu le faire assez fort parce qu'il a senti qu'il y avait intérêt à avoir des exploitations autonomes, il y avait intérêt à permettre aux paysans de faire des profits; mais, d'un

L'extension du dvor familial est favorisée aux dépens de la commune agraire

Position du code agraire; désir dans un but d'opportunité de concéder des

droits; crainte autre côté, il avait peur aussi de tomber dans un régime capitaliste, de sorte que nous avons un curieux mélange de concessions de droits et de retraits de droits. Comme je vous l'ai dit, le Congrès pan-russe de 1922 avait proclamé le principe du droit à la terre qu'on laboure et du droit à la solidité, à la continuité, à la stabilité de l'usufruit sur la terre qu'on laboure. Et alors l'art. II du code agraire déclare ceci: "Le droit à la terre octroyé en usufruit travailleur est de durée illimitée et ne peut être suspendu que pour des motifs indiqués par la loi". Il y a donc un droit, un droit qui n'est pas un droit absolu, parce que comme je vous l'ai dit, c'est là tout le génie même du système bolchevik, les droits ne sont pas des droits individuels, ils sont toujours des concessions de la collectivité à l'individu. On part du droit de la collectivité, et c'est toujours dans l'intérêt de la collectivité qu'on concède des droits à l'individu, une sorte de liberté, comme un fonctionnaire qui aurait certaines responsabilités dans sa sphère.

La stabilité de l'usufruit-travailleur

Limitation dans l'intérêt de la collectivité qui concède les droits dans un propre intérêt

En fait les droits concédés sont très larges et ne sont limités que par ceux des voisins.

Mais, en vertu de l'art. II et en vertu des lois en vigueur "l'usufruitier agraire a le droit sur son lot de terre de mener l'exploitation à la manière choisie par lui et à sa convenance. Il a le droit d'y édifier, d'y cultiver, d'y aménager les bâtiments ou constructions à destination d'habitation ou d'exploitation, il peut y faire absolument tout ce qu'il veut, avec seulement comme limite la défense de faire des constructions ou de poser des arbres qui pourraient nuire à l'exercice de l'usufruit du voisin". Vous voyez que nous avons là une concession très large, nous avons là une liberté de droits, concédés, il est vrai par la loi, mais une liberté qui n'a d'autres limites que le respect des droits du voisin.

Et du reste, l'art. 25 précise encore et il dit: "les installations, constructions, semages, plans, et d'une façon générale tout ce qui fait corps avec la portion de terre de l'usufruitier, appartient à cet usufruitier".

Et de plus, tous les droits que je viens de vous indiquer, tout ce libre exercice d'un certain droit sur la terre, tout cela est protégé par la loi, et il y a tout un système législatif et procédural qui prévoit des peines contre celui qui violerait le libre exercice de l'usufruit agraire.

Droit à des dommages-intérêts pour celui qui est troublé dans l'exercice de ses droits

Il y a même plus que cela, on prévoit des réparations qui sont dues par celui qui troublerait la jouissance. Quelque chose de tout à fait analogue à ce que nous pourrions avoir, nous, dans notre système du code civil français.

Source : BIU Cujas

Seulement, l'art. 27 du code agraire prévoit ceci

**Impossibilité
de disposer
librement**

c'est que si on concède un droit trop étendu à l'usufruitier, si on permet à l'usufruitier en particulier d'aliéner librement ou de disposer par testament de son usufruit agraire on va reconstituer une classe capitaliste, c'est ce qu'il faut éviter par dessus tout, et alors l'art. 27 est ici très précis et très restrictif: "L'achat, la vente, la promesse de vente, la donation entre-vifs, ou la donation à cause de mort, la miss en nantissement de l'usufruit agraire sont interdits et ils sont punis de façon sévère. Les peines sont des pénalités de droit commun, la nullité de lacte accompli, et enfin, la confiscation de l'usufruit agraire". De sorte que si l'usufruitier a un droit très large lorsqu'il veut exploiter lui-même, il a un droit très étroit lorsqu'il veut faire quelque chose de plus. Et finalement, je crois bien que les droits de l'usufruitier se résument en ceci: (transmission à cause de mort, ab intestat).

Le droit de location existe mais limité aux possibilités de cultiver directement

Droit aussi, et ceci est plus grave, pour le système bolchevik, droit aussi de location, mais ce droit de location est très restreint: en effet, si on laissait librement louer son usufruit agraire, on arriverait à avoir un système capitaliste. Par conséquent, il est défendu de louer pour plus de trois ans, en principe tout au moins, et il est défendu également de louer à quelqu'un qui ne pourra pas exploiter lui-même, directement, à la fois son lot et celui qu'on lui loue, parce que sans cela il deviendrait un entrepreneur capitaliste; et si on veut faire une location d'une durée plus longue, cela n'est pas absolument défendu, mais cela devient compliqué.

De plus, l'emploi d'ouvriers salariés n'est pas interdit, mais il est réglementé, on peut employer des ouvriers salariés, mais il faut travailler soi-même.

Par conséquent, on peut résumer ce système de l'usufruit agraire de la façon suivante, en disant que c'est une concession collective ou individuelle du jus fruendi et du jus utendi, mais sans le jus abutendi retiré par crainte de constitution d'une classe capitaliste.

Quel est maintenant la valeur de ce témoignage russe; est-ce que cet exemple russe est tellement exorbitant des habitudes, est tellement contraire à l'ordre raisonnable qu'il faille purement et simplement le rejeter comme une curiosité et se dire que cela ne prouve pas qu'il soit possible d'avoir un autre système que le système français ? Evidemment, le système russe est en très grande partie artificiel, c'est absolument certain; il est évident que l'on sent dans ce système un effort pour empêcher le jeu naturel des lois économiques qui entraînerait l'apparition d'une

classe capitaliste et dirigeante, on cherche à empêcher le jeu de la nature, c'est certain. Mais, il y a tout de même des concessions qui sont faites à l'ordre naturel: on essaye d'empêcher les lois naturelles de jouer complètement, on a essayé au début de la révolution russe, mais il y a tout de même eu une défaite de ce système, une concession, un certain particularisme une certaine exploitation individuelle. Il y a donc une certaine concession à ce qui est dans l'ordre naturel, si bien qu'on ne peut plus dire que ce système russe n'est pas viable; il dure et par le fait même qu'il dure, il montre qu'il peut exister. Du reste, il semble bien qu'elle vit par les concessions qu'elle a faites à un régime qu'elle abhorre, elle vit parce que ce n'est plus un régime purement collectiviste.

Je voudrais surtout faire remarquer, que le régime russe actuel de l'usufruit travailleur, n'est pas un système nouveau, n'est pas une création du bolchévisme. C'est en réalité la continuation d'un genre d'exploitation qui était déjà en usage dans la Russie d'avant la révolution. Il ne faut pas oublier que dans la Russie d'avant la Révolution, nous avions 1/6 environ des terres et moins d'1/6 de la population qui étaient soumis à un code civil contenant un système de propriété voisin du nôtre, et qui avait une organisation qu'on peut appeler moderne et européenne; mais les 5/6 de la terre russe étaient soumis à un régime particulier, à un code agraire qui était très peu différent du code agraire de la Russie soviétique.

En effet, la terre russe avait été pendant très longtemps soumise à un régime féodal. Anciennement, très anciennement, en Russie, on distinguait deux types de terre, le vodtina qui était la terre reçue des ancêtres, qui était l'alleu si vous voulez, et puis, d'autre part, le pomestié qui était la terre concédée en jouissance aux serviteurs de l'Etat, par l'Etat lui-même, c'étaient des fiefs. Il y a quelque trois cents ans, le servage a été organisé en Russie: on a interdit aux ouvriers agricoles russes de quitter leurs maîtres comme ils le faisaient jusque là, généralement le jour de la Saint-Georges, on leur a défendu de s'en aller et on a ainsi constitué un régime de servage. Ce régime de servage a duré en Russie très longtemps, vous savez ce qui a détruit le servage en Russie. C'est la guerre de Crimée. Au moment de la guerre de Crimée, le tsar a subi un échec moral plus que matériel et il a été obligé d'abolir le servage. Du reste ceci a eu pour résultat de rendre singulièrement populaire en Russie la personne de Napoléon III. Je me souviens qu'Anatole Leroy-Beaulieu

Avant la Révolution russe les 5/6 des terres étaient soumis au système féodal

Le servage n'a disparu que récemment en Russie.

dont j'ai été l'élève avant la guerre, nous disait à un cours, avoir vu dans une cabane de paysan russe, à la place d'honneur, une horrible lithographie représentant Napoléon III, le libérateur des Russes. Ce même M. Leroy-Beaulieu disait qu'au moment de la guerre russo-japonaise les paysans avaient dit: - Bravo! voilà une nouvelle guerre: le petit Père va être battu, et nous allons avoir un nouveau partage de terres! - Il ajoutait: S'il y a une nouvelle guerre russe, les paysans feront le même raisonnement. Il semble bien en effet que les faits lui aient donné raison.

De sorte qu'on a dû faire un affranchissement des paysans russes, des serfs russes. Cet affranchissement a été réalisé par trois lois du 19 Février 1861, 26 juillet 1863 et 24 Octobre 1866 qui ont affranchi les paysans des domaines nobles, les paysans d'apanages, et les paysans du domaine.

Le droit du serf sur la tenure.
Le serf est possesseur du sol

Seulement, les serfs qui vivaient sur le sol, avaient je ne dirai pas un titre juridique à la propriété du sol, puisque c'étaient les terres des seigneurs, mais ils avaient la libre disposition d'une partie des récoltes des tenures, ils étaient propriétaires de fait, ou, si vous préférez, possesseurs sinon propriétaires, d'une partie du sol russe.

Au moment de la libération des serfs on dut pro-

s'ester produit là aussi, si bien que lorsque l'affranchissement a eu lieu, il y aurait eu une sorte d'expropriation à donner pleine liberté aux paysans sans leur donner en même temps une certaine concession des terres, et alors cela a été très compliqué, il y a eu des commissions, des lois successives qui ont eu pour résultat de provoquer un certain partage des terres nobles, et une certaine remise de ces terres aux paysans. La loi disait, si je ne me trompe, que la terre devenait la propriété du paysan, mais c'était une propriété qui était très loin d'être libre et complète, qui n'était pas aliénable, car il avait fallu racheter ces terres aux seigneurs, et le rachat avait été fait non pas par le paysan lui-même, mais par une avance du Trésor, si bien que les paysans ne devaient plus la terre au seigneur, mais ils devaient le prix de la terre à l'Etat. Et alors, ceci a amené forcément des prises de gages et un système de limitation dans le détail duquel je n'entre pas, mais système pratiquement de limitation du droit de propriété du paysan, si bien que certains auteurs de l'ancien régime russe, discutaient sur la question de savoir quelle était la nature du droit des paysans sur la terre: était-ce ou n'était-ce pas un droit de propriété ?

Et alors, on a eu tout un système d'organisation

dans lequel il y avait le mir, propriété du sol avec partages des terres; il y avait le dvor, plus rare, semble-t-il qu'aujourd'hui; le mir était très développé dans certaines régions tout au moins, ainsi en Moscovie, d'après Anatole Leroy-Beaulieu, l'empire aurait eu 98 % environ des paysans qui auraient tenu leurs terres du mir, contre 2 % seulement qui auraient eu des dvor. Dans d'autres provinces que la Moscovie, au contraire, le dvor était plus fréquent que le mir. Les Cosaques, par exemple, les Cosaques de l'Oural, avaient un système de propriété presque exclusivement collectif. Si mes souvenirs ne me trompent pas, ces Cosaques de l'Oural n'avaient la jouissance de la terre que pour un an. Et l'herbe qui était propriété commune pour ces tribus cosaques, n'appartenait à aucun d'eux, et à l'époque de la fauchaison fixée par les officiers, le chef de famille arrivait avec sa faux et tâchait de tourner avec sa faux autour de l'espace aussi large que possible, parce que tout ce qu'il avait réussi à entourer avec sa faux en le coupant constituait ce qu'il avait le droit de couper avec sa famille pour que cela devint sa propriété. Il y avait là un système collectif.

Le Code agraire de 1922 n'est pas une rupture avec les usages anciens

Les modes d'usufruit actuels, dans le détail de leur réglementation, sont la reproduction de l'ancien régime russe: la commune agraire est la suite du mir, le partage du dvor une codification d'une pratique qui date l'Alexandre III, et la possibilité pour le dvor de sortir de la communauté agraire est une reproduction de lois Stolipine, qui datent de 1910, mais avec une augmentation de liberté. Si bien que Bazil Eliachevitch conclut de la façon suivante dans son Traité du droit civil et commercial des Soviets (tome 1, 17): "Le code agraire de 1922 n'est pas une création "des idées révolutionnaires, non plus qu'une rupture "de continuité avec l'ancien droit, mais il est l'ex- "pression normale d'une évolution législative". Et je crois même que dans la pensée de Bazil Eliachevitch l'évolution est plutôt dans le sens d'un raffermissement des droits du paysan.

Par conséquent, le régime que je viens de décrire, tout au moins le régime agraire, est évidemment d'une inspiration bolchevik, mais n'est guère, en somme, que la continuité d'une institution qui existait depuis longtemps; ce n'est guère autre chose que du droit féodal. C'est même un droit féodal ancien, ce n'est pas le droit féodal que nous avions dans Pothier, ce n'est pas le droit féodal que nous avions au moment de la Révolution française, époque où la terre était devenue la propriété du tenancier et où l'ancien seigneur éminent n'avait plus que de vagues droits réels, du reste

contestés. C'est au contraire une époque beaucoup plus ancienne où les droits du tenancier et les droits du seigneur étaient à peu près à égalité, où les droits du tenancier n'étaient pas encore devenus un véritable droit de propriété. C'est en somme ce régime là qui a été repris par les révolutionnaires, donc par des hommes qui représentent une conception nouvelle et très différentes de celles qui ont existé jusqu'ici. Il y a donc dans ce régime russe, si vous voulez, la jonction de deux génies, un génie collectiviste, qui abandonne au reste un peu le collectivisme, et un génie féodal, il y a donc là deux conceptions de l'esprit humain qui se rejoignent, et, par conséquent, le témoignage russe peut être le témoignage de quelque chose qui est extrêmement différent de ce que nous connaissons aujourd'hui il peut être le témoignage de quelque chose que nous pouvons considérer comme critiquable, comme inférieur à ce que nous avons, mais c'est tout de même le témoignage qui représente une pensée humaine, cela a donc une certaine valeur, c'est donc dire que le système de la propriété française individualiste de 1889 ne s'impose pas forcément à l'esprit humain.

Je pourrais maintenant apporter, pour soutenir la même thèse, un autre témoignage qui, celui-là apparaîtra évidemment plus acceptable, le témoignage anglais, le système anglais.

Le concept de la féodalité a survécu en Angleterre, et les Anglais considèrent avec un certain dédain le système individualiste de la propriété

L'Angleterre n'a pas aussi nettement dégagé que nous l'idée de propriété individuelle; elle est restée à une conception qui était à peu près celle de la France féodale au moment de 1789, plus évoluée cependant, surtout depuis 1925. Ils ne sont pas arrivés à notre doctrine de la propriété individuelle, et ceci non pas par haine de la propriété individuelle, mais par une sorte de dédain des constructions doctrinales si chères aux Français. : ils ne la condamnent pas, ils ne s'en occupent pas. Du reste, vous savez que les Anglais considèrent leur système de droit coutumier comme infinitiment supérieur à notre système de droit codifié, ont-ils raison, ont-ils tort ?

Le droit anglais n'a pas nettement abandonné le système féodal. Il n'a pas nettement dégagé le concept de propriété individuelle de notre code civil. Les Anglais ont plutôt des tenures féodales libérées d'obligations que de véritables propriétés. Pour eux, ce qu'il y a de plus voisin de notre propriété libre et totale c'est le système du friol qui n'est pas autre chose qu'un fief qui a cessé d'être tenu d'obligations féodales, un fief sur lequel il n'existe plus, jusqu'en 1925, qu'un seul droit féodal, le droit de reprise si le dernier détenteur du friol venait à mourir

sans avoir fait de testament ou sans avoir de collatéraux ou d'héritiers aptes à lui succéder. Dans ce cas, il y avait droit de retour au seigneur, jusqu'en 1925 et depuis il y a bien vacant, avec, par conséquent, retour au roi ou à certains détenteurs de droits régaliens, tels que le duché de Lancaster ou de Cornouailles.

Le copyhold,
tenue servile
à caractère féo-
dal très marqué

Il y a un deuxième type de tenure, le copyhold. Cette tenure n'est pas autre chose que l'ancienne tenue servile, l'ancienne tenure des serfs. Il était impossible d'aliéner librement cette tenure, et si on voulait la vendre il fallait la remettre au seigneur qui déposait ensuite investir l'acquéreur; il y avait donc un système de report au seigneur qui délivrait une lettre d'où le nom de "copyhold" - lettre par laquelle il autorisait l'aliénation et là concédait au nouvel acquéreur. Cette lettre devenait donc le titre de propriété.

Dans ce système, on n'arrivait pas, bien entendu, à un droit total sur la chose, et, par conséquent, ni les revenus des bois, ni le sous-sol n'appartenaient au tenancier qui devait tous les ans payer une rente; il était tenu également de payer des sommes d'argent en cas d'aliénation ou en cas de succession.

Le rachat de
ces tenures par
les possesseurs
fut décidé en
1922

Vous voyez, c'est tout à fait la tenure féodale, et c'est seulement en 1922 que le copyhold a perdu ce caractère. Il a été décidé en 1922 que toutes ces tenures devraient être rachetées par le possesseur, rachetées soit en payant d'un seul coup un capital correspondant aux sommes dues par le teneur, soit en payant des arrérages assez élevés, qui doivent arriver à dernière échéance en 1936. Ce n'est donc pas absolument terminé.

Voilà quelles étaient les principales formes de propriété.

Baux à longue
durée. Le bail
urbain à 99 ans
avec acquisi-
tion de la cons-
truction par le
propriétaire
du terrain

En dehors de cela, il y a un système assez compliqué de baux, très nombreux et très variés. Les Anglais, en particulier, pratiquent assez couramment les baux de longue durée, de 99 ans par exemple. C'est ainsi que presque tous le terrain de la cité de Londres est concédé pour 99 ans à des sociétés, quelquefois très puissantes, qui ont le droit et le devoir de faire sur ce terrain des constructions d'un certain type et qu'elles doivent entretenir en bon état, et au bout de 99 ans, le terrain avec la construction qui est dessus revient au propriétaire antérieur. C'est ainsi qu'un certain nombre de lords de Londres sont propriétaires de la plus grande partie de la cité et sont assurés de voir quelque jour revenir entre leurs mains un capital énorme.

Le caractère non conforme au droit français de

la propriété anglaise apparaît non pas seulement au titre des propriétés, au titre des tenures, mais encore aux titres en vertu desquels on peut tenir, posséder ces tenures. C'est ainsi qu'actuellement, d'après le droit légal, il n'existe plus qu'une seule manière de tenir les terres, assez voisine de la propriété; dans ce système, on possède un droit illimité, un droit définitif, un droit perpétuel.

Mais ce titre de possession n'est pas du tout le seul titre légal; il y a par exemple le système d'estate for life, dans ce système on tient légalement la terre pour sa vie, c'est une tenure viagère qui jouit de la même situation que les autres et est confondue sous le même titre, avec bien entendu le droit d'aliéner et le droit de disposer de la tenure.

Ils ont eu aussi un système qui maintenant n'est plus sanctionné: la tenure était comme entaillée, il y avait un seigneur qui concédait les terres en fiefs, qui concédait la tenure à un individu et à ses héritiers. On pouvait préciser que c'était une concession aux héritiers de tel lit et non pas de tel autre lit; on pouvait préciser aussi que c'était une concession à tous les héritiers mâles seulement ou, par exemple, à tous les héritiers des deux sexes ou du sexe féminin il y avait des limitations de la concession. Par conséquent, c'était une concession temporaire, une concession qui ne devait durer qu'aussi longtemps que vivait le concessionnaire ou la catégorie de descendants de concessionnaires qui avaient été prévus.

A l'origine, sur cette concession, à une époque ancienne, il était interdit de faire aucune espèce d'acte de disposition. Il était même interdit d'engager ces terres entaillées. Et puis, progressivement, on a autorisé à aliéner et même à concéder en taille ce qu'on tenait déjà soi-même en taille. Par conséquent il y a eu là tout un jeu de dispositions, mais bien entendu cette concession, cette tenure devait, en principe, tou au moins, prendre fin le jour où le dernier héritier du concessionnaire primitif venait à décéder, par conséquent on ne pouvait jamais faire que des concessions que des engagements, que des aliénations temporaires.

Et bien voilà, vous le voyez, tout un système de titres en vertu desquels on peut tenir une terre, qui vous montre que ce n'est pas du tout la conception française.

Par conséquent de tout ce qui précède à propos du droit de propriété, il ressort évidemment que le système français ne s'impose pas à la raison non humaine. Il n'est pas parfaitement logique dans toutes ses parties, et cohérent dans toutes ses dispositions; il n'est pas imposé par les doctrines auxquelles on se

Système d'estate for life.
Droit de disposer, mais viager

réfère le plus souvent pour légitimer son existence. Il ne correspond pas au système ordinaire, à la norme juridique des droits très anciens, qui, dans les droits archaïques, semblent avoir plutôt pratiqué un système de propriété collective ou de propriété familiale, qu'un système de propriété individuelle. Notre conception actuelle est complètement étrangère au droit féodal. Elle n'a pas été acceptée par un certain nombre de peuples européens: la Russie en est restée à un système féodal très ancien, qu'elle a corrigé, modifié, déformé, en y ajoutant une note collectiviste. Le droit anglais est un droit féodal qu'on a jugé inutile de bouleverser pour prendre un système plus voisin du nôtre. Par conséquent, notre système ne s'impose pas à la raison, il n'est pas la suite logique et naturelle d'un principe. Pour s'expliquer complètement et totalement son existence et ses modalités, il faut recourir à l'histoire. Il est la résultante d'une évolution historique beaucoup plus que la conclusion d'un raisonnement logique. C'est l'histoire de cette évolution qui doit faire l'objet du cours de cette année.

LA CONCEPTION ROMAINE DE LA PROPRIÉTÉ

Nécessité de l'histoire pour expliquer le système moderne de la propriété française

Le système du C.C. vient du droit romain

Je n'ai pas besoin de vous dire que la conception romaine classique de la propriété est en somme à la base du système français du code civil, c'est la propriété du droit romain classique qui a été reprise par le Code civil, mais en y ajoutant une sorte de métaphysique qui n'est pas la métaphysique du droit de propriété des Romains à l'époque classique.

LE DROIT DE PROPRIÉTÉ À ROME.

Par conséquent, nous allons maintenant étudier ce qu'a été le concept des Romains de la propriété à l'époque classique. Je n'étudie pas le droit romain en lui-même et pour lui-même, je ne cherche donc pas à voir quelle a été l'évolution du droit de propriété à Rome, et je ne cherche pas non plus à entrer dans des détails sur cette question, je cherche simplement à donner une notion précise, utilisable pour les études ultérieures.

Tout le monde connaît la définition couramment donnée de la propriété à Rome. Par exemple la définition de Girard, toujours classique: "la propriété c'est la domination complète et exclusive d'une personne sur une chose corporelle". M. Cuq donne une définition

Caractère absolu, perpétuel et exclusif du droit de propriété à Rome qui

semble même devoir exclure l'existence des servitudes

tout à fait voisine: "la propriété individuelle des Romains est un droit exclusif, absolu, réel et perpétuel". Si vous consultez les petits manuels Dalloz, par exemple le manuel de M. Giffard vous trouvez une définition analogue. Si vous recherchez maintenant la définition de l'Italien Costa, vous constaterez que Costa, comme les auteurs français, après avoir donné cette définition du droit de propriété des Romains, comme pour marquer davantage encore ce caractère absolu, perpétuel et exclusif du droit romain indique qu'en tant donné cette définition l'existence de servitudes a quelque chose d'un peu anormal, d'un peu contradictoire, qu'il est difficile de concilier la conception romaine du droit romain de propriété avec le système de servitudes. Par conséquent, voilà tout un accord des auteurs.

Voyons du reste ce que disent les textes et regardons quelle est la définition qui est le plus souvent utilisée par les auteurs lorsqu'ils se réfèrent aux textes. Généralement, on a recours à un texte des Institutes de Justinien, au livre 2, titre 4, §4. C'est à l'occasion de l'usufruit que s'expriment les auteurs des Institutes et ils nous disent ceci: Cum autem finitus fuerit totus ususfruitus, revertitur scilicet ad proprietatem, et ex eo tempore nudae proprietatis dominus incipit plenam in re habere potestatem. Traduction: Lorsque l'usufruit aura pris fin, on reviendra en quelque sorte à la propriété, ad proprietatem, et, à partir de ce moment là, le dominus de la nuda proprietas commencera à avoir sur la chose une plena potestas.

Équivalence absolue des mots dominium et proprietas

D'après cette définition, il semble bien que les deux termes, proprietas et dominium soient synonymes. L'on retourne ad proprietatem lorsque l'usufruit prend fin, et on a alors une plena potestas in re. D'autres textes sont plus précis encore pour montrer la synonymie absolue de ces deux termes: proprietas et dominium. Il faut le signaler parce que ces deux mots n'ont pas étymologiquement le même sens. Etymologiquement, en effet, un des deux mots entraîne l'idée d'exclusivité, de totalité sur la chose, proprietas. Le mot dominium évoque simplement une idée de domination.

D'autre part, vous remarquerez que cette définition donne complètement raison à tous les auteurs que j'ai cités tout à l'heure et que la propriété apparaît comme quelque chose de normalement exclusif. Lorsque l'usufruit prend fin on revient en quelque sorte à la propriété, comme si, lorsqu'il y a usufruit il ne pouvait pas y avoir véritablement propriété, comme si la propriété était incapable de toute espèce de droit réel sur elle.

D'autre part, vous voyez aussi d'après cette définition que la propriété entraîne normalement la potestas et que cette potestas est normalement une potestas plena, on retourne à la propriété et, à partir de ce moment là, on revient à une plena potestas in re.

Par conséquent nous avons ici, vous le voyez, deux conceptions différentes et qui se rejoignent, le concept de propriété et le concept de potestas, ce sont deux concepts qui se rejoignent, qui se retrouvent, qui s'appellent l'un l'autre; on ne peut pas concevoir la propriété sans la potestas. Ce sont cependant deux concepts qui, tout en se rejoignant n'évoquent pas dans l'esprit deux choses absolument identiques.

Je vais maintenant vous lire un autre texte de Paul au Digeste, (Livre 28, Titre 2, fragment 11). Ce texte est très classique, vous le connaissez; Si je lis ce texte c'est pour mieux vous montrer l'existence de ces deux concepts distincts et pourtant réunis. Il faudra voir s'ils ont toujours été réunis et s'il n'y a pas eu ici une évolution historique de ces deux concepts de propriété et de potestas.

In suis heredibus evidentius apparet continuacionem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. Unde etiam filius familias appellatur sicut pater familias, sola nota hac adjecta, per quam distinguitur genitor ab eo qui genitus sit. Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. Hac ex causa licet non sint heredes instituti, domini sunt: nec obstat, quod licet est exheredare, quod et occidere licebet.

Traduction: Avec les héritiers siens, apparaît de façon particulièrement nette la continuation du dominium, car il ne semble pas qu'il y ait ici véritablement hereditas, il semble plutôt que ces héritiers étaient déjà antérieurement des domini, eux qui du vivant même du père étaient tenus déjà en quelque sorte comme des domini, c'est pourquoi le fils de famille est appelé à la succession au même titre que son père, sans autre différence que celle qui tient au caractère de père ou de fils. Par conséquent, après la mort du père, il faut dire non pas que les héritiers siens acquièrent une succession, mais plutôt qu'ils parviennent à la libre administration, c'est pourquoi sans avoir été institués héritiers ils sont des domini, on ne saurait tirer objection du fait que le père peut les exhériter puisqu'il peut aussi les tuer.

Voici donc ce que nous dit ce texte: il nous dit que la continuation de la propriété apparaît particulièrement nette avec l'institution des héritiers; en effet, quand il existe des héritiers siens, il n'y a pas à proprement parler hérédité, il y a plutôt continuation de la propriété. Quand un grand-père, par exemple vient à mourir, héritent de lui ses fils et petits-fils, et si le droit des petits-fils n'apparaît pas, ceci tient non pas à ce qu'ils n'ont pas de droit, mais à ce qu'ils sont des petits-fils et que la nature ne veut pas qu'on mette fils et petits-fils sur le même pied; mais, en réalité, ils ont tous déjà le propriétaire. On ne peut pas dire qu'ils ne l'ont pas, parce que leur père peut les exhériter, en effet, puisque le père peut les tuer, il est naturel qu'ils puissent les exhériter.

D'après ce texte, par conséquent, nous avons ceci: nous avons d'abord le mot dominium et le mot proprietas qui sont constamment pris l'un pour l'autre. Par conséquent à l'époque classique et avant l'époque byzantine, dominium et propriété étaient des termes équivalents. Mais ce texte nous montre aussi qu'il y a bien deux notions distinctes de propriété et de potestas, que la formule embarrassée de Paul ne dégage pas nettement. Il y a évidemment une propriété sans potestas qui appartient aux enfants du vivant du père; ces enfants sont propriétaires, mais étant fils de famille ils n'ont aucune espèce de puissance sur les choses qui sont soumises à la potestas du père, ils n'ont aucune espèce de droit de disposition, il est même évident qu'on peut les exhériter. Par conséquent voilà les individus qui ont indiscutablement une propriété sans potestas.

D'autre part, le père qui administre, qui peut exhériter les enfants a évidemment une potestas plena, une potestas totale, une potestas absolue sur la chose si totale, puisqu'il peut exhériter les enfants. Et cependant, il n'a pas une propriété exclusive puisqu'on reconnaît une propriété aux enfants. Nous avons donc là deux notions qui sont distinctes, deux notions qui peuvent avoir un domaine séparé, deux notions qui peuvent même entrer en conflit l'une avec l'autre; l'idée de potestas et l'idée de propriété, nous avons une propriété sans exercice de la potestas du côté des fils, et nous avons du côté du père un exercice exclusif de la potestas, sans propriété exclusive, personnelle et individuelle, donc deux notions différentes.

Du reste l'existence de ces deux notions différentes, est facile à établir, même à l'aide d'autres institutions romaines que vous connaissez. Vous savez que dans la tutelle légitime, primitive, l'héritier le

La propriété
sans potestas
du fils de
famille

La potestas
du tuteur

le plus proche a le droit de devenir tuteur. Nous avons donc un individu qui va avoir la potestas sur tout un patrimoine et qui aura peut-être un droit éventuel à recueillir un jour ce patrimoine, mais qui n'en a tout de même pas la propriété. Pour les autres tuteurs, l'existence d'une potestas sans propriété sera encore plus nette, ils auront une potestas et aucune espèce de propriété. Par conséquent, nous avons là, vous le voyez, deux concepts distincts, différents, deux concepts qui peuvent se rencontrer et se réunir, deux concepts qu'on a même fini par confondre, à tel point que Paul est obligé de se servir de formes embarrassées et de longues périphrases.. En réalité, Paul est à une époque où on a fait la jonction indissoluble des deux concepts de propriété et de potestas, et il a affaire à une institution ancienne, antérieure, d'une époque où les deux notions n'avaient pas été ainsi confondues.

Il faut évidemment pour se faire une idée exacte de la propriété romaine, étudier par conséquent ces deux concepts, concept de dominium, mais évitons le mot dominium puisqu'il a perdu son sens étymologique, étudions donc ces deux concepts de potestas d'un côté, de propriété de l'autre, et voyons comme ils se sont réunis.

Par conséquent, je vous propose le plan historique que voici:

1° - Nous étudierons d'abord le concept ancien de potestas, de puissance, de dominium et nous verrons son extension ancienne.

2° - Nous verrons ensuite comment ce concept de puissance a fini par se limiter pour ne plus porter que sur la propriété.

3° - Enfin, nous verrons ce qu'était le concept de proprietas dominium de l'époque classique romaine

I - Concept ancien de dominium, de puissance et son extension.

Je n'insisterai pas beaucoup sur cette question que vous connaissez, ce que je veux surtout c'est préciser chez vous des souvenirs qu'entrer dans des détails.

Vous savez certainement que le dominium c'est la patria potestas s'exerçant sur les choses. Du reste, si je voulais vous prouver que cette idée banale est une idée vraie, je n'aurais pas besoin d'aller chercher des textes très loin, il suffirait que je vous dise de regarder le texte de Paul que nous venons de voir tout à l'heure: nous avons bien là une patria potestas s'exerçant sur les choses beaucoup plutôt qu'une propriété

A l'origine concept unique de puissance

Heres avait dans l'ancienne langue le même sens que dominus

Le dominium comprend la manus et la potestas

D'autre part, je n'ai pas besoin non plus de vous dire, que ces trois mots, patria potestas manus, et dominium désignent des institutions qui sont comme les trois branches d'un même tronc.. Du reste, le mot dominium s'appliquant à la propriété foncière est un mot récent, à tout le moins ce n'est pas un mot qui remonte à une époque très ancienne.

En effet, Festus, qui, vous le savez, est un archéologue de philologie, Festus dans son dictionnaire nous dit ceci à propos du dominium, au mot heres:Heres apud antiquos pro domina ponebatur: autrefois ce qu'on désigne maintenant par le mot dominus, on le désignait par le mot heres. Autrefois le mot dominus ne servait pas à désigner le propriétaire foncier, c'était le mot heres qui servait. Ce mot heres servait du reste à désigner le détenteur de la portion de terre, de la maison et du petit jardin qui se trouvait autour et qui n'a jamais été l'objet de partages, mais qui a toujours dû être l'objet d'une propriété non collective (j'évite de dire individuelle ou familiale)

Je vais encore vous citer un autre texte qui va confirmer ce que je vous disais tout à l'heure sur ce mot dominium et sur son contenu, c'est un texte classique, celui-là un texte d'Ulprien au Digeste, Livre I Titre I, § 4: Est autem manumissio de manu missio, id est,datio libertatis nam quamdiu quis in servitute est, manui et potestati suppositus est. Le mot manumissio vient de manu missio, de missio, envoi par la main, ce qui veut dire datio, concession de liberté, car autrefois celui qui était in servitute était placé sous la manus et la potestas, il était évidemment dans la propriété de quelqu'un. Ce mot in servitute, au moins à l'époque d'Ulprien ne peut désigner que celui qui était un esclave; à l'époque plus ancienne il aurait pu désigner aussi les personnes in mancipio, et il n'aurait peut-être pas eu une différence très nette entre le fils de famille et la personne in mancipio.Dans tous les cas, à cette époque là, il s'agit d'un individu qui est dans le dominium, dans la propriété. Lorsqu'on cherche à nous dire quels étaient les droits qu'on avait sur cet individu qui était une chose, on nous dit: il était in manu, il était sous la manus et la potestas. Par conséquent, le mot dominium avait, si vous voulez, comme extension ou compréhension ce qu'incluait ce mot, c'est-à-dire manus potestas.

Je pourrais vous citer une quarantaine de textes dans lesquels le mot manus est employé pour désigner la patria potestas. Par conséquent, vous le voyez, ces trois mots, le mot dominium avec comme compréhension potestas manus, le mot manus et le mot potestas étaient employés réciproquement, puisqu'un nombre considérable

de textes appellent encore la patri potestas une manus donc toutes ces expressions sont synonymes.

Le terme manus aurait été le plus ancien pour désigner le pouvoir du maître

Et de plus, les philologues supposent que le mot manus est le plus ancien des trois et que c'est celui qui le premier a été employé pour désigner le concept et qui ensuite fut exprimé par les termes potestas manus ou dominus.

Champ très large de la manus qui peut être décelé par l'emploi du mot dans un nombre considérable d'actes de la vie juridique

Or, songez à l'extension des institutions, des situations juridiques qui ont été réalisées par une manus, songez au nombre immense de cas dans lesquels il y a eu manus. Il n'est pas besoin de vous les énumérer: comment la propriété était-elle réalisée ? Par une mancipatio. Comment les servitudes rustiques les plus anciennes ont-elles été réalisées ? Par une mancipatio. Comment le mariage pouvait-il être constitué ? Par une coemptio ? Comment la femme pouvait-elle être libérée ? Par une manumissio. Comment un fils pouvait-il entrer ou sortir d'une famille ? Par une émancipation, c'est-à-dire par trois mancipations successives.

Les droits personnels eux-mêmes, les obligations personnelles que nous opposons maintenant aux droits réels, à quoi donnaient-elles droit ? A une manus injectio, c'était la manus sur un débiteur ou sur le coupable d'un délit.

Vous voyez donc l'extension immense de ce concept de manus, de ce concept de puissance et notez-le.

Similitude de tous ces droits réels que l'on peut avoir sur des personnes ou sur des choses

Et alors, c'est le point sur lequel je vais un petit peu plus insister, songez qu'il y avait en effet une similitude foncière entre toutes les choses ou toutes les personnes qui se trouvaient sous une manus, dans tous ces cas toutes ces personnes, ces enfants, ces biens immobiliers, ces débiteurs, ces coupables de délits, tous ces individus ou toutes ces choses étaient plus ou moins soumis à une espèce de droit réel, à une espèce de lien visible avec le détenteur de la potestas.

Je n'insisterai pas sur ce point pour la patria potestas, vous vous rendez très bien compte de l'espèce de caractère de propriété du père sur ses enfants, cette espèce de droit réel.

Je n'insisterai pas non plus sur le droit du mari sur sa femme, et sur cette espèce de soumission à la manus du mari pour la femme.

Pour l'esclave, pas davantage; cependant, il y a tout de même quelque chose qu'on pourrait noter, c'est que cette puissance du pater, ce dominium du pater sur les choses, sur la pecunia, sinon sur la familia, ce droit de puissance du pater a été particulièrement fort à une époque où nous étions plus près encore de la propriété familiale, à une époque où il n'y avait pas à proprement parler de propriété individuelle

Il convient également de noter cette similitude entre ces droits réels et la servitude. Il y a eu quelque chose d'analogue dans la servitude, puisqu'elle se réalisait par mancipatio, puisqu'elle se revendiquait par un sacramentum in rem.

La créancier a un véritable droit réel sur son débiteur.

Rétrécissement de la théorie des possessions

Ce que je voudrais vous montrer, c'est qu'il y a eu un caractère de droit réel dans la puissance du créancier sur le débiteur d'une dette illicite ou licite; ce que je voudrais aussi vous montrer, c'est que, à une époque ancienne, la protection possessoire s'est appliquée pour protéger des puissances économiques sur une chose. Il n'a pas correspondu à ce qui devait venir plus tard le concept de propriété, si bien que le champ d'application de la possession est devenu plus étroit à l'époque classique qu'à l'époque de Cicéron par exemple. Le concept de potestas s'est retrécî pou ne plus correspondre qu'au concept de propriété, entraînant une gêne dans la théorie des possessions. L'ancien système a craqué et on a été obligé de refaire une théorie nouvelle de la possession, on a essayé de l'expliquer, on est arrivé à une contradiction, et toutes ces hésitations qui existent sur la possession toutes ces difficultés qu'elle soulève peut-être même encore maintenant, en sont la conséquence.

Je voudrais maintenant vous montrer quels ont été les caractères communs aux différentes institutions romaines, à ces différentes institutions anciennes de Rome, je voudrais essayer de vous montrer que dans toutes ces institutions là, famille, mariage, obligation, servitude, même possession, il y a un trait commun, quelque chose que nous pourrions qualifier de droit réel. Je me sers à dessein du mot droit réel, bien que ce soit un mot moderne, car dans toutes ces institutions il y a quelque chose qui existe aujourd'hui dans ce que nous appelons les droits réels, il y a une certaine puissance d'un individu s'exerçant sur une personne ou une chose, la personne étant elle-même considérée comme une chose, il existe une espèce de lien réel, de puissance matérielle, d'emprise du dominus sur une chose ou sur une personne, sur un objet ou sur un débiteur.

Pour vous montrer ceci, je vais passer en revue ces différentes institutions, patria potestas, mariage, obligation, servitude et possession. Bien entendu, je n'insisterai longuement sur aucune d'elles, je ne ferai que des rappels qui seront, il est vrai, d'une longueur très inégale.

Sur la patria potestas je n'ai pas à insister, je n'ai pas besoin de vous montrer que la patria potestas avait un caractère de droit réel, de puissance et de droit réel du pater sur ses enfants. Vous savez

La patria potestas repose sur une occupation, sur une prise

de possession

parfaitement que le fils de famille était comme acquis par une sorte d'occupation par le pater familias; vous savez comment l'enfant entrait dans la famille; ce n'était pas par la naissance, même dans le mariage cum manu, on déposait l'enfant au pied non pas du génitor, mais du pater familias et ce pater familias pouvait ou prendre l'enfant dans ses bras et le faire entrer dans la famille par une sorte d'occupation, ou, au contraire le laisser là, l'abandonner, et l'enfant alors devait un sui juris.

Droit de disposer de l'enfant

Vous savez aussi que le fils de famille pouvait être mis en gage et qu'il y avait une sorte de droit de jouissance sur l'enfant; vous savez qu'il pouvait être vendu et même être tué. On avait donc sur lui le jus utendi et le jus abutendi.

Le mariage cum manu crée un droit réel du pater sur la femme

Il n'est pas besoin d'insister davantage sur le caractère de droit réel de la puissance maritale sur la femme, vous savez parfaitement que le seul mariage véritable à Rome était le mariage cum manu et que le mariage sine manu est une institution postérieure et qu'en tout cas le mariage sine manu, pendant très longtemps, n'a pas été un véritable mariage, puisque la femme mariée sine manu, non seulement restait dans sa famille d'origine, mais pouvait même être rappelée par le père, être obligée de quitter son mari, si bien qu'on a été obligé d'avoir recours à des stipulations, à des conventions diverses, avec des clauses pénales pour obliger le pater familias à laisser sa fille chez son mari, (par exemple reprise de la dot, etc....)

Vous savez aussi qu'il n'y avait aucune espèce de lien entre la mère et l'enfant et qu'il a fallu des sénatus-consultes pour arriver à créer des liens entre eux, en particulier des droits de succession.

La coemptio et l'usus sont des formes d'acquisition de droits réels

Par conséquent, le véritable mariage était le mariage cum manu. On peut dire qu'il était le seul mariage juridiquement reconnu à l'origine. Or, ce mariage pouvait se faire par la confarreatio, il pouvait se faire également par coemptio et par usus, toutes formes de droit réel.

D'autre part, cette femme était loco filiale, elle rentrait dans la situation des fils. Quand une femme quittait le domicile conjugal et allait se réfugier chez un tiers, on pouvait poursuivre ce tiers avec une actio furti, une action de vol, comme on l'eût fait pour un objet, une res quelconque. Pas besoin d'insister davantage.

Le lien d'obligation, le vinculum juris n'est à l'origine qu'un

Il est nécessaire, par contre, de montrer plus longuement que les obligations anciennes ont eu un certain caractère réel, que les obligations anciennes ont été une potestas d'un créancier sur un débiteur. Ceci peut être démontré à l'aide de trois choses: d'abord

droit réel du créancier sur le débiteur

Intérêt de l'éty-
mologie quand
elle est utili-
sée avec pruden-
ce, et pour cor-
roborer d'autres
renseignements

Sens physique
du mot obliga-
tio - ob ligare

par l'etymologie, ensuite par l'étude très sommaire des caractères des anciennes obligations illicites et enfin par l'étude également très sommaire des caractéristiques des anciennes obligations licites.

D'abord l'etymologie. Evidemment, les renseignements que fournit l'etymologie sont généralement assez imprécis et assez difficiles à utiliser par l'historien pour construire un système sur de pure notion étymologique, c'est toujours assez dangereux. Ainsi, par exemple, lorsque les historiens de la Gaule, de la pré-Gaule, essayent de montrer quelle a été l'importance de la conquête ibère dans le sud de la Gaule, ils disent que les Ibères ont occupé telle région au sud de la Garonne et ils ont pris les terrains qui étaient fertiles pour laisser ceux qui ne l'étaient pas aux Ligures; et alors - en manière de preuve - ils trouvent des consonnances ibériques dans les régions fertiles et des noms à consonnances ligures dans les régions non fertiles... Construire ainsi tout un système est évidemment fort audacieux. Mais, lorsque les notions de l'etymologie sont parfaitement d'accord avec des renseignements, des documents historiques que nous possédons d'autre part, alors le renseignement étymologique prend cette fois-ci une très grande valeur. C'est ici le cas. On constate l'accord entre l'etymologie qui nous donne les mots obligation noxia ou contractus, ayant un sens physique avec l'étude générale des très anciennes institutions licites ou illicites, qui nous donne également la même physionomie de caractère réel. Les renseignements de l'etymologie prennent alors une singulière force.

Eh bien, regardons le mot obligatio, ce mot très général qui sert à désigner l'obligation licite ou illicite. Le mot obligatio, je ne vous apprendrai pas grand chose en vous disant qu'il est fait de deux termes, ob et ligare. Ligare, cela veut dire lier, mais lier physiquement, lier avec des cordes, si vous voulez, c'est donc un lien bien réel, matériel. Et le mot ob a d'abord eu un sens local autour. Obligare gouvernait l'accusatif, (je tire tous les renseignements que je vous donne du dictionnaire étymologique de langue latine de Ernout et Meillet, v. ligo, obligare venas - Tacite an. 6,9). Ensuite, il a gouverné l'ablatif. Et enfin, il a pris un sens moral, le sens de causa, il a gouverné le génitif, obligare furti, c'est-à-dire lié à cause du délit. Et, d'après les auteurs que je vous citais tout à l'heure, Huvelin et b coup d'autres ont fait un pur contre-sens lorsqu'ils ont traduit obligare furti par se rendre coupable d'un délit, cela ne veut pas dire se rendre coupable d'un délit, cela veut dire être lié, être physiquement lié

à cause d'un délit.

Voyons maintenant le mot noxa, noxia. Ce mot vient de l'indo-européen *nex*, et il a donné en grec *necros* nécropole, et en latin, *nex* mort. Il a donné aussi *noxia* qui veut dire dommage qu'on cause; il a donné *noxia* dommage qu'on subit, sens passif; il a donné ensuite le mot *noxius*, qui veut dire celui qui fait le mal, le coupable. Mais ce mot de *noxius* au lieu de *noxia*, qui indique comme quelque chose d'un passif déjà, le coupable, ne se traduirait pas tout à fait par celui qui fait le mal, mais plutôt par le coupable, et alors le mot *ob noxius* qui est le terme juridique employé pour désigner l'individu qui a commis le délit est un mot à signification passive, cela veut dire soumis à cause du mal qu'on a fait, sens passif. Vous voyez donc que ceci nous donne l'idée de la puissance de la victime sur le coupable, soumis, puisque les littéraires traduisent ce mot par soumis à cause du mal qu'on a fait, en somme l'objet du talion.

L'obnoxius est l'individu soumis passivement à un autre à cause du mal dont il s'est rendu coupable envers lui

Le contractus
lien bilatéral

Et le mot *contractus*, plus récent, a le sens de l'action de contracter physiquement, une contraction.

Par conséquent, vous voyez que le mot obligare nous donne l'idée d'un lien physique de caractère unilatéral, il désigne toutes les obligations licites ou illicites.

Le mot noxius désigne le coupable d'un délit, sens passif, sens de dépendance vis-à-vis de la victime.

Et le mot contractus, lui-même, encore que beaucoup plus récent, a encore tout de même étymologiquement - à tout le moins - un sens physique et de lien, non plus unilatéral, mais bilatéral.

Voyons maintenant quels sont les caractères anciens des obligations illicites. Ici, évidemment, il y a eu tellement de controverses qu'on a quelque hésitation à aborder une question comme celle-là, surtout à l'aborder en apportant des affirmations un peu massives comme je vais être obligé de le faire, parce que je n'ai nullement l'intention d'entrer devant vous dans des discussions. Vous savez du reste que l'auteur qui a peut-être le plus étudié la question, c'est M. de Visscher que vous avez pu probablement ici, professeur belge à l'Institut Catholique de Lille. C'est lui qui - dans toute une série d'articles qui ont paru presque tous dans la Revue historique du droit - a le plus étudié cette question. Du reste les conclusions de M. de Visscher sont loin d'être toutes admises. Je donne les conclusions les plus généralement acceptées par la majorité des auteurs.

Il est évident que les obligations illicites ont

L'obligation illicite a à sa base: la vengeance, le talion

pour base le talion, l'idée de vengeance. Il est évident que lorsque dans le très ancien droit romain, comme du reste dans le très ancien droit de tous les peuples, l'individu qui a commis une *injuria*, quelle qu'elle soit, ou même qui a fait un tort, soit au corps d'une personne, soit même à ses biens, cet individu là est possible d'une vengeance sur son corps à lui-même. Par exemple, voyez le texte des XII Tables (Tables VIII, § 2) qui parle de l'*injuria* et qui nous dit : *si membrum ruppit, ni cum eo pacit, talio cestō*. "Si quelqu'un a rompu un membre et qu'il n'y a pas eu de pacte, qu'on applique la loi du talion".

Et c'était un peu quelque chose d'analogue qui se passait dans le cas de *furtum*, puisque la même table (VIII, 12) nous dit que si quelqu'un a commis un vol la nuit et qu'il est tué, il l'a été à bon droit.

Par conséquent, nous avions ici une idée très ancienne, l'idée de vengeance, la victime a le droit, a un droit sur le corps du coupable. Je ne vous dirai pas que ce serait le cas du Marchand de Venise, parce que, ici nous avons une obligation licite, mais si vous voulez, ce serait pour les obligations illicites, quelque chose d'un peu analogue, c'est un droit à une partie ou à tout le corps de la victime: vous avez coupé un bras, vous avez droit au bras de la victime, vous avez un droit réel sur ce bras de cette victime. C'est l'idée de la vengeance, c'est l'idée du pacte, de la composition pécuniaire, c'est l'idée que l'on pourra racheter son propre corps.

Ceci est du reste évident si nous considérons des textes de l'époque classique qu'il serait bien difficile d'expliquer si vous n'acceptiez pas l'idée que je vous exprimais tout à l'heure. Voici comment s'exprimait Gaius aux Institutes (4, § 65): "En cas de méfait du fils de famille ou des esclaves, si par exemple ils ont commis un *furtum* ou une *injuria*, les actions noxales sont à la disposition du père ou du maître pour qu'il puisse ou supposer la *litis aestimatio* ou faire l'abandon noxal. Il serait en effet inique que la malice de ces fils ou esclaves soit préjudiciable au père ou au maître au-delà du corps de ceux-ci". Par conséquent, ceci indique bien que la limite de l'obligation du père ou du maître, c'est le corps de son fils ou de son esclave.

Si c'est là la limite de l'obligation du père ou du maître, la limite de leur responsabilité, c'est qu'effectivement le droit que possède la victime est limité au corps même du coupable, il ne pourrait y avoir une responsabilité du pater qui ne puisse être limitée par ce corps même de la victime. C'est que de l'idée première il y avait bien un droit au corps de

L'idée de vengeance conduit à une idée de droit réel sur le corps de l'auteur du délit La composition est le rachat de ce droit réel

la victime, sans cela ce texte là, cette formule de Gaius ne pourraient plus s'expliquer même pour l'époque classique. Il serait très surprenant que nous ayions cette idée: "il serait inique d'avoir une obligation au-delà du corps" si anciennement cela n'avait pas été une obligation sur le corps.

Du reste, dans le fragment d'Autua 4, § 82, § 83, voici comment ce même texte est rapporté: "Mais il importe de savoir si l'action noxale est intentée à l'occasion d'un fils ou d'un esclave, ou à l'occasion d'un animal, car si le père ou le maître a été condamné à l'occasion du fils ou de l'esclave, ils pourront le donner noxalement, même mort, et il sera libre, non seulement s'ils donnent tout le corps, mais même s'ils donnent une partie seulement du corps, on discute la question de savoir si les ongles ou les cheveux peuvent être considérés comme une partie du corps".

Vous voyez que c'est bien un droit sur le corps et qu'on peut faire, si vous voulez, une sorte de remise symbolique du corps en donnant non pas le corps tout entier, mais une partie seulement de ce corps, ce qui prouve qu'on ne peut plus faire une livraison totale puisque l'individu aurait disparu, serait mort. Et la question se pose de savoir si les ongles ou les cheveux peuvent être un symbole suffisant. Vous voyez, c'est bien l'idée d'un droit réel sur le corps.

A l'époque classique l'obligation illégale ne s'éteint pas par la capitais deminutio; c'est qu'elle correspond à un droit réel sur le corps

L'obligation illicite de l'esclave: droit réel sur un corps

Au surplus, si vous examinez les institutions du droit classique que vous connaissez bien, vous savez parfaitement que les obligations illicites avaient un caractère réel, la noxalité en est une preuve; la survie de l'obligation illicite à la capitais deminutio ne s'explique également que par cette idée d'un droit réel d'un individu sur le corps, on dit en effet que ce qui est lié, ce n'est pas la personne juridique du délinquant, c'est le corps physique du délinquant, si bien que lorsque la personnalité juridique se modifie, les obligations licites de l'époque classique pourront disparaître, pourront tomber, mais les obligations délictuelles qui sont encore considérées à ce point de vue comme des obligations réelles portant sur le corps même du coupable ne disparaissent pas lorsque ce coupable est l'objet d'une capitais deminutio.

Vous savez aussi que l'esclave est tenu de ses obligations illicites. Eh bien, cette obligation de l'esclave qui n'est pas une personne, s'explique aussi par ce droit réel de la victime sur le corps du coupable.

Non transmission des obligations illicites aux héritiers: c'est encore la même idée, c'est encore l'idée de l'abandon noxal.

Il est inutile d'insister. Du reste, tous les

auteurs sont d'accord sur ce point et la discussion porte uniquement sur la question de savoir si ce caractère réel, et si en particulier cet abandon noxal pouvait être fait exactement de la même façon dans le cas de noxa et dans le cas d'injuria, dans le cas de dommagine aux biens, et dans le cas de dommage au corps de la victime. Je n'entre pas dans le détail de la question et me contenterai de vous dire qu'à mon avis il convient de ne pas distinguer le cas des noxa et des injuria; il y a à ce point de vue pas mal de textes qu'on pourrait utiliser et comme je ne veux pas entrer dans le détail, je me contenterai de vous dire que vous pourriez même, comme une première indication dans ce sens, en faveur de ma thèse relire le texte de Gaius (*Institutes*, 4, § 65) que j'indiquais tout à l'heure, en cas de méfait du fils de famille ou de l'esclave qui ont commis un dommage au corps ou un dommage aux biens; dans ces deux cas, abandon noxal. Voilà un texte qui est dans le sens de la thèse que je soutiens. Il y en a d'autres. Je n'insiste pas.

Dans le très ancien droit les obligations licites avaient un caractère réel

La fides - caractère religieux - Rupture de la fides, caractère illicite de cette rupture de la foi jurée

Il est plus délicat de montrer que les obligations licites ont eu, elles aussi, un caractère réel, car il est évident que les obligations licites n'avaient plus rien de réel, n'avaient aucun caractère réel à l'époque classique.

Vous savez quelles sont les formes les plus anciennes de l'obligation licite en droit romain; ce sont probablement, d'une part, le jusjurandum, l'ancienne sponsio, et, d'autre part, le nexum.

Eh bien, le jus jurandum ou l'ancienne sponsio, c'est évidemment un engagement par la fides, manquer au jusjurandum ou à la sponsio c'est manquer à la fides, c'est manquer au dieu, à l'idole si vous voulez, qui incarnait cette fides, et par conséquent, il y a eu là une idée religieuse, et qui avait pour conséquence d'entraîner la livraison même de ce délinquant au dieu. Quand ensuite ce jusjurandum s'est laïcisé, que nous avons un jusjurandum ou une sponsio vis-à-vis de particuliers ou vis-à-vis même d'Etats voisins, à ce moment là il y avait livraison du délinquant, livraison de celui qui n'observait pas la fides à celui vis-à-vis duquel il avait menti. Par exemple, vous savez que les chefs militaires romains qui avaient manqué à l'engagement pris vis-à-vis des samnites ont été livrés " de façon, nous dit Tite-Live (livre 9, titre 8) à ce qu'ils se vengent sur le corps de ces généraux. Il y a donc là une idée d'un certain lien physique.

En tout cas, il n'est pas douteux que dans ce jusjurandum et dans cette sponsio, lorsqu'il y avait violation de la fides, il y avait délit et nous ren-

trons dans la catégorie des obligations illicites.

Quant au nexus, son caractère est bien difficile à connaître, et vous savez combien il y a de controverses sur ce point. Vous savez que le nexus est cet acte solennel dont les formes ressemblent à celles de la mancipatio et qui se faisait en présence de cinq témoins et d'un porteur de balance, devant le créancier et le débiteur. Des paroles étaient prononcées, et à la suite de ces paroles, le débiteur qui ne payait pas devenait lié vis-à-vis du créancier.

J'emploie ici des termes extrêmement imprécis parce que je ne voudrais pas dans ce que je dis dépasser les documents et entrer dans tel ou tel système. La très grosse difficulté de la question bien de ce que nous avons bien un texte des XII Tables qui dit qu'en matière de nexus ou de mancipatio le droit est conforme aux paroles prononcées à la nuncupatio, mais nous ne savons pas du tout quelles étaient les paroles de la nuncupation.

Il y a là un doute, donc toute une série de système, car plus une institution est inexplicable, plus les romanistes aiment étudier la question, et nous avons des théories d'autant plus savantes qu'elles sont moins certaines!

Il y a d'abord la théorie de Mitteis qui est assez généralement acceptée aujourd'hui, elle est assez séduisante, je ne pourrai pas vous dire que c'est la plus vraie, parce que je trouve que ce serait terriblement s'engager, mais c'est la plus séduisante. D'après cet auteur, le nexus serait quelque chose d'absolument comparable à la mancipatio, ce serait la vente de soi-même, le débiteur se vendrait au créancier et le créancier obtiendrait un droit réel sur la personne du débiteur. Si cette théorie était la vérité, vous voyez à quel point ce serait favorable à ma thèse; c'est peut-être pour cela que je la trouve si séduisante.

Il y a une autre théorie qui est différente, c'est la vieille théorie classique de Girard. D'après cette théorie il y aurait eu dans les nuncupations une phrase qui aurait été prononcée, cette phrase aurait été une damnatio prononcée par le créancier sur la personne du débiteur. S'il y avait une damnatio dans cet acte extrajudiciaire, il y avait alors quelque chose de tout à fait comparable, de rigoureusement identique à la damnatio prononcée dans les actes juridiciaires par le juge..

Il y a ensuite une troisième explication qui dit qu'il y avait peut être un jugement et à la suite du jugement il y avait damnatio prononcée par le juge.

Vous voyez que les explications sont extrêmement

Les nexi sont soumis au créancier

variées, je serais très embarrassé pour prendre parti sur tout cela. Mais, en tout cas, il y a une chose certaine sur laquelle tous les textes sont d'accord, c'est pour dire que les nexi étaient à la disposition, à la discréption, sous la domination du créancier. Sur ce point, tous les textes sont d'accord et il y en a un très grand nombre, et il n'y a guère que sur ce point qu'ils soient précis. Je ne peux pas vous citer tous les textes, mais je vais tout de même vous citer l'un d'entre eux, je citerai celui-là parce que tout à l'heure j'aurai à m'en resservir dans une deuxième partie de mon exposé, c'est le texte de Tite-Live (8,28).

La loi Poetelia Papiria "dénoue" les chaînes des nexi

Ce texte de Tite-Live est relatif à la loi Poetelia Papiria qui date vraisemblablement de l'an 428 de Rome. Dans ce texte, vous savez que Tite-Livre nous raconte comment la loi Poetelia Papiria a été rendue: un jeune nexus ayant été frappé d'une façon très brutale par son créancier et s'étant sauvé dans les rues de Rome, il avait provoqué une grande émotion dans la population, on avait pris parti pour lui, il y avait eu une émeute; à la suite de cela, la loi Poetelia Papiria était rendue, et dans cette loi les consuls ordonnaient "de porteur au peuple que personne sauf celui qui aurait commis une noxa, qui aurait une obligation illicite, et pendant qu'il purgerait sa peine ne puisse être tenu dans les chaînes et attaché au nervus, mais que ce soient les biens du débiteur d'une pecunia credita et non plus le corpus, le corps de ce débiteur qui soit obnoxius.

"De la sorte, les nexi ont été soluti, ont été déliées dans le sens physique du mot, et il a été pris des précautions de façon à ce qu'à l'avenir....etc..."

Voilà donc ce que disait ce texte de Tite-Live. Vous voyez comme il est favorable à ma thèse. Ce texte de Tite-Livre n'est pas isolé. Tite-Live nous dit qu'on a décidé que dorénavant le corps resterait bien le gage du créancier, que le corps continuerait à être obnoxius, à être lié, mais qu'il continuerait à l'être lorsqu'il s'agirait d'une obligation d'origine illicite; qu'au contraire, lorsqu'il s'agirait d'une pecuniae creditae, lorsqu'il s'agirait par conséquent d'une obligation d'argent, d'origine licite, désormais le corps ne sera plus lié, ce seront seulement les biens qui seront liés vis-à-vis du créancier.

Jusqu'à la loi Poetelia Papiria semble-t-il, très légitimement, que jusqu'à la loi même dans les obligations liées du débiteur insolvable est

Par conséquent, on peut déduire de ce texte, me semble-t-il, très légitimement, que jusqu'à la loi Poetelia Papiria c'était bien le corps du nexus qui était obnoxius, c'était bien sur le corps même de ce débiteur que le créancier avait un droit, avait une puissance. Et, comme d'autre part il est absolument hors de doute que ce créancier pouvait prendre ce débi-

auteurs sont d'accord sur ce point et la discussion porte uniquement sur la question de savoir si ce caractère réel, et si en particulier cet abandon noxal pouvait être fait exactement de la même façon dans le cas de noxa et dans le cas d'injuria, dans le cas de dommages aux biens, et dans le cas de dommage au corps de la victime. Je n'entre pas dans le détail de la question et me contenterai de vous dire qu'à mon avis il convient de ne pas distinguer le cas des noxa et des injuria; il y a à ce point de vue pas mal de textes qu'on pourrait utiliser et comme je ne veux pas entrer dans le détail, je me contenterai de vous dire que vous pourriez même, comme une première indication dans ce sens, en faveur de ma thèse relire le texte de Gaius (Institutes, 4, § 65) que j'indiquais tout à l'heure, en cas de méfait du fils de famille ou de l'esclave qui ont commis un dommage au corps ou un dommage aux biens; dans ces deux cas, abandon noxal. Voilà un texte qui est dans le sens de la thèse que je soutiens. Il y en a d'autres. Je n'insiste pas.

Dans le très ancien droit les obligations licites avaient un caractère réel

Il est plus délicat de montrer que les obligations licites ont eu, elles aussi, un caractère réel, car il est évident que les obligations licites n'avaient plus rien de réel, n'avaient aucun caractère réel à l'époque classique.

Vous savez quelles sont les formes les plus anciennes de l'obligation licite en droit romain; ce sont probablement, d'une part, le jusjurandum, l'ancienne sponsio, et, d'autre part, le nexus.

Eh bien, le jus jurandum ou l'ancienne sponsio, c'est évidemment un engagement par la fides, manquer au jusjurandum ou à la sponsio c'est manquer à la fides, c'est manquer au dieu, à l'idole si vous voulez, qui incarnait cette fides, et par conséquent, il y a eu là une idée religieuse, et qui avait pour conséquence d'entraîner la livraison même de ce délinquant au dieu. Quand ensuite ce jusjurandum s'est laïcisé, que nous avons un jusjurandum ou une sponsio vis-à-vis de particuliers ou vis-à-vis même d'Etats voisins, à ce moment là il y avait livraison du délinquant, livraison de celui qui n'observait pas la fides à celui vis-à-vis duquel il avait menti. Par exemple, vous savez que les chefs militaires romains qui avaient manqué à l'engagement pris vis-à-vis des samnites ont été livrés "de façon, nous dit Tite-Live (livre 9, titre 8) à ce qu'ils se vengent sur le corps de ces généraux. Il y a donc là une idée d'un certain lien physique.

En tout cas, il n'est pas douteux que dans ce jusjurandum et dans cette sponsio, lorsqu'il y avait violation de la fides, il y avait délit et nous ren-

les obligations de Gaius nous disant qu'on ne savait pas si des ongles licites et traitant du partage du corps, et le texte de Gaius visant l'abandon nominal d'une partie du corps à la suite d'un acte illicite. Les obligations licites aussi bien que les obligations illicites avaient un caractère réel.

ou des cheveux suffisaient à constituer une livraison du corps, et nous avons ici en matière d'obligations licites un texte qui nous dit que si on en a découpé plus ou moins, tant pis. Par conséquent, c'est bien l'application physique, ce lien réel, cette puissance du créancier sur un débiteur.

Ceci nous montre, par conséquent, que les obligations licites ont eu, comme les obligations illicites un caractère réel à une époque très ancienne. Ceci nous montre donc que cette matière des obligations n'a pas été séparée anciennement de la matière des droits réels et que cette division moderne qui diminue si singulièrement le champ d'application des droits réels n'existe pas dans le très ancien droit romain, pas plus que dans la plupart des très anciens droits.

Les servitudes - Il me reste à dire un mot des servitudes les plus anciennes, c'est-à-dire des servitudes préiales rustiques.

Les servitudes préiales russes sont soumises à la puissance, au dominium, puisqu'elles sont restées des res mancipi à l'époque classique

La physionomie ancienne de ces jura in re aliena nous est connue par des documents de l'époque où les servitudes étaient devenues des res incorporales, des documents de l'époque classique, mais des documents qui nous révèlent la physionomie ancienne des servitudes, qui nous révèlent surtout l'étonnement des juristes de l'époque classique devant les formes de ces servitudes qui ont un caractère réel et qui pourtant sont des res incorporales; il y a là quelque chose qui n'est plus d'accord avec le droit général de l'époque dont s'occupent nos documents qui ne peuvent s'expliquer que par le passé et qui surprennent les juristes du temps.

C'est ainsi, par exemple, que Gaius, aux Instituts (Liv. 2, § 17) nous dit: "Presque toutes les choses incorporelles sont évidemment des res nec mancipi, il faut cependant excepter les servitudes préiales rustiques, car elles, elles sont des res mancipi indiscutablement, quoique, cependant, elles figurent sur la liste des res incorporales".

D'après les théories courantes à l'époque de Gaius, les servitudes préiales rustiques auraient donc dû ne plus être des res mancipi, et cependant elles sont des res mancipi; si elles sont des res mancipi, c'est qu'anciennement elles ont été des res mancipi, c'est qu'elles ont eu cette physionomie à une époque très ancienne, puisque cette physionomie ne s'explique plus à l'époque de Gaius, qu'elle est en contradiction avec le droit de Gaius, c'est donc que ce caractère remonte à une époque fort ancienne.

Du reste, ceci n'est pas pour nous étonner si nous songeons à ce que fut la physionomie des res

mancipi et ce que fut le caractère des res mancipi à l'époque où la division en res mancipe et res nec mancipi était en pleine vigueur. Anciennement, on le sait, on considérait comme res mancipi non seulement des esclaves, des animaux, mais encore les fonds de terre, et que par conséquent on considérait tout naturellement comme res mancipi les accessoires du fonds, c'est-à-dire les servitudes existant au profit du fonds.

Les res mancipi correspondent au capital-exploitation, les res nec mancipi aux produits de l'exploitation

Du reste cette division des res mancipi et des res nec mancipi est en réalité une division en capital-exploitation agricole, et produits d'une exploitation agricole. Les res mancipi, c'est le capital nécessaire à une exploitation; les res nec mancipi c'est ce qui n'est pas le capital de l'exploitation agricole. Et la preuve en est dans cette fameuse discussion entre proculiens et sabiniens sur la question de savoir s'il fallait considérer les jeunes animaux, par exemple le jeune poulain ou le jeune taureau qui un jour pourrait être attelé à une charrue, comme res mancipi avant l'âge auquel il pourra être attelé ou s'il ne devient res mancipi que du jour où il aura été attelé. Est-il res mancipi lorsqu'il est un produit de l'exploitation agricole, est-il seulement res mancipi le jour où il est devenu partie du capital de l'exploitation agricole ? C'est cela la distinction. Et il est évident qu'anciennement, dans la logique du système, il fallait attendre que l'animal ait été effectivement un élément du cheptel. Par conséquent, dans ces conditions là, il est tout naturel que les servitudes rustiques aient été considérées comme des res mancipi.

Les servitudes préiales rustiques ont pu faire l'objet d'une mancipa-

Au surplus, il est incontestable que ces servitudes ont eu tous les caractères ordinaires des res mancipi, ont même eu les caractères qui sont ceux des objets soumis au dominium, au dominium dans le sens le plus large du mot, c'est-à-dire à cette puissance du chef, du propriétaire. C'est ainsi que les servitudes préiales rustiques pouvaient être mancipées, Gaius nous le dit expressément (II, 28 - 29): "évidemment, les res incorporales ne peuvent manifestement pas faire l'objet d'une tradition, les servitudes préiales urbaines peuvent seulement faire l'objet d'une cessio in jure, mais les servitudes rustiques, il faut le reconnaître, peuvent être mancipées, peuvent faire l'objet d'une mancipation".

Les servitudes préiales rustiques ont pu être usucapées à l'origine

De plus, les servitudes préiales rustiques ont pu, comme les choses qui faisaient l'objet d'un droit de propriété, être usucapées. Il y a un texte du Digeste sur ce point (Livre 41, Titre 3, § 4, fragments 28, 29) qui dit de la façon la plus claire que les

servitudes prédiales rustiques ont pu être usucapées jusqu'à une certaine lex scriboni de date inconnue, qui est une loi rendue probablement sous l'influence de la doctrine des res incorporales.

Les servitudes prédiales rustiques peuvent faire l'objet d'une revendication

De même, les servitudes prédiales rustiques, vous le savez, pouvaient être l'objet d'une revendication et, par conséquent, elles étaient sanctionnées par un actions tout à fait comparable aux actions qui sanctionnaient le dominium, mais qui sanctionnaient aussi la revendication du fils de famille à une certaine époque.

Explication tentée par M. Fliniaux: on aurait considéré à l'origine le droit de passage comme un droit de propriété sur le fonds du voisin

Vous voyez donc que ces servitudes prédiales rustiques ont eu, de la façon la plus incontestable, la même physionomie que le dominium, et ceci même a quelque peu surpris les auteurs.

Pour l'expliquer d'excellents romanistes se sont demandés si dans le droit romain ancien le titulaire d'une servitude, par exemple le titulaire d'un droit de passage n'avait pas une véritable propriété sur le fonds du voisin. De la sorte nous expliquerions parfaitement toute la physionomie de ces servitudes, nous expliquerions parfaitement qu'il y ait eu usucaption, qu'il y ait eu une revendication. Cependant, je ne crois pas que cette explication soit la bonne, parce que, alors, je ne vois pas très bien pourquoi les servitudes auraient eu à une époque ancienne le caractère non pas de jura in re aliena mais de propriété, et pourquoi ce caractère aurait été perdu précisément à l'époque où la doctrine des res incorporales allait apparaître et où il allait devenir très difficile de légitimer l'existence des servitudes. Je crois que si ceci avait été à une époque quelconque, que si les servitudes avaient été un droit de propriété, elles le seraient restées, car elles deviennent inexplicables ensuite, alors qu'elles auraient été parfaitement logiques et compréhensibles avec ce système là, je ne vois pas comment le changement se serait produit.

De plus, il faudrait supposer que dans l'hypothèse par exemple d'un droit de passage, le propriétaire du champ n'aurait pas eu lui-même le droit de passer sur ce passage, il aurait fallu, si vous voulez, par exemple, que son champ soit coupé en deux par la propriété de passage du fonds dominant, et alors lui-même s'il avait eu le droit de sauter d'une partie de son champ à l'autre, il aurait eu alors lui une servitude sur cette propriété de passage, nous retombons encore dans l'idée de servitude qui aurait existé alors au profit du fonds servant au lieu du fonds dominant, mais aurait tout de même existé, tout au moins dans le cas du droit de passage; elle aurait pu ne pas exister dans d'autre évidemment.

Explication proposée: Les servitudes anciennes comme tous les autres droits sont comprises dans l'idée de dominium

Par la mancipation et grâce aux leges privatae, on pouvait transférer la puissance sur des droits très différents

La protection possessoire s'applique à la puissance économique d'une chose

Enfin, il me semble qu'au contraire, si nous songeons qu'à une époque tous les droits ont eu ce caractère de dominium, de puissance, de manus, si vous voulez, si toutes les institutions anciennes du droit romain procèdent de cette idée commune de manus, de puissance sur une chose, alors, dans ces conditions là, la physionomie des servitudes apparaît toute naturelle, c'est une certaine puissance, cette puissance se réalise par cette forme unique, exclusive qu'est la mancipation; il suffit de songer à ce qu'étaient les leges privatae dans le droit romain et à voir comment avec un nombre extrêmement limité de procédures formalistes, de rites tout à fait particuliers, on arrivait à réaliser des institutions extrêmement diverses. Il suffit de songer, par exemple que c'est la forme de la mancipatio qui a pu servir à réaliser à la fois un mariage, une adoption, ou une acquisition de propriété quelconque. Il suffit de songer à toutes ces leges privatae qui accompagnaient la convention principale; il suffit de songer à ce qu'était par exemple la fiducie

On explique aisément le transfert des servitudes anciennes par la mancipation si on les fait entrer dans le concept général de la manus. Le crois donc qu'il n'y a pas à s'étonner de cette physionomie particulière des servitudes et à chercher à expliquer la nature des servitudes autrement en essayant de leur donner un caractère foncier qui n'aurait pas été le leur; c'est une puissance économique sur une chose et, en réalité, le dominium c'est toujours cela, une puissance sur une personne, sur une chose. Pendant longtemps on ne s'est pas demandé si cette puissance s'exerce sur des res corporales ou incorporelles, et on n'a pas eu à les distinguer.

Pour compléter cet exposé du caractère général unitaire des anciennes institutions romaines, il serait bon de dire quelques mots de la possession, seulement j'hésite beaucoup à entrer dans ce domaine, parce que c'est une des questions les plus diaboliques du droit romain et du droit français aussi - causée par sa complication en droit romain. Je me contenterai de vous faire remarquer que certainement à une époque ancienne, la possession a une très large extension aussi large que la très ancienne manus, ce serait l'ancien dominium, et qu'ensuite lorsque les théories des res incorporelles sont apparues, alors on a trouvé qu'il n'était plus possible de considérer comme des possessions toutes les situations qui étaient protégées par des interdits possessoires et on est alors arrivé à ne plus savoir comment bâtir la théorie de la possession. C'est tout ce que je veux vous dire.

Je vous signale cependant, à l'appui de ce que

La théorie des res incorporales vient limiter, à l'époque classique, le domaine de la possession

je vous dis, que Saleille, dans un livre sur la possession qui a paru, il y a une trentaine d'année, arrive à cette conclusion générale: la possession c'est en somme la protection d'une certaine puissance économique de fait: on protège une certaine puissance économique de fait sans se demander si cette puissance économique de fait est bien légitimée en droit civil. Voilà la définition générale à laquelle il arrive pour l'ensemble des périodes. Je n'ai pas besoin de vous dire que ceci va très fortement dans le sens que j'indique, et c'est là la conclusion à laquelle il arrive; je crois d'ailleurs que cette conclusion est plus vraie pour l'époque préclassique que pour l'époque classique. Si en effet, nous nous plaçons à cette époque préclassique,, nous constatons qu'on ne distingue pas entre la possession civile ad usucacionem et la simple possession ad interdicta qu'on ne distingue pas, comme on le fera plus tard, entre la possession et la détention; nous avons un certain nombre de situations qui sont protégées et les situations qui sont ainsi protégées par des interdits prétoriens sont extrêmement nombreuses, on protège le propriétaire, on protège le voleur, on protège le détenteur à titre précaire, quel qu'il soit, si bien que nous n'avons guère de puissance économique de fait qui ne soit pas protégée par un interdit que dans un nombre de cas extrêmement limités: l'usufruitier n'avait plus d'interdit à une certaine époque à cause de la théorie des res incorporales, mais à l'époque de Cicéron il y avait un interdit de l'usufruit, si bien qu'il n'y avait en réalité que trois situations pas défendues par des interdits, c'était le locataire, mais ce locataire était en réalité moins un locataire dans le sens moderne du mot, moins si vous voulez un fermier qu'une espèce d'ouvrier qu'on pouvait renvoyer librement et qui était payé par la perception d'une partie des fruits de son travail, si bien qu'il n'était pas en réalité un détendeur d'une puissance économique.

Il y avait ensuite à ne pas être protégé, le dépositaire ou le commodataire, mais ce sont des individus dont la situation n'est devenue claire qu'à une époque assez tardive, car il ne faut pas oublier que pendant très longtemps la fiducie tenait lieu de dépôt et de commodat; il n'est donc pas surprenant que cette situation n'ait pas été protégée.

De sorte que pendant longtemps la possession a été une protection des puissances économiques de fait qui pouvaient exister. Il y a donc là quelque chose qui est un peu dans la même orientation, dans la même tournure psychologique, si vous voulez, que ce caractère des anciennes institutions de dominium que je

La notion de dominium se restreint

Le dominium a fini par ne plus s'appliquer qu'à la propriété

Les concepts de patria potestas, de manus et de dominium se sont différenciés

La patria potestas ni la manus n'ont conservé leur force première

vous ai montrées.

Je n'insiste pas davantage sur ce point, je m'en vais essayer maintenant, dans la deuxième partie de notre exposé, de montrer comment le dominium, la puissance, la manus a fini par ne plus s'exercer que sur la propriété

2^e - Comment ce concept ancien de dominium et de puissance a fini par ne plus s'appliquer qu'à la propriété, et comment les caractères que nous appelons caractères de droit réel ont fini par ne plus exister qu'en matière de propriété.

Je crois que cette espèce d'isolement de la propriété qu'on a fini par appeler le dominium, je crois que cette espèce d'isolement a été réalisé de la façons suivante: il y a eu d'abord séparation, différenciation entre la patria potestas, la manus et le dominium; il y a eu ensuite séparation très nette des obligations personnelles licites ou illicites; puis ensuite, la doctrine des res corporales et des res incorporelles est apparue, alors les servitudes et les possessions ont pris une physionomie différenciée.

Pour être complet, il faudrait encore que j'indique comme une des causes de cette discrimination de la propriété, il faudrait aussi que je vous parle de la traditio: avec son corpus et son animus, seulement j'aime mieux examiner cette question de la traditio plus tard, lorsque je m'occuperai de la physionomie classique de la propriété.

Tout d'abord, séparation de la patria potestas, de la manus et du dominium. Cette séparation est, d'une part, trop évidente pour que j'insiste sur elle, et, d'autre part, les modalités de cette séparation sont trop mal connues pour que je puisse préciser. Je me contenterai de vous signaler ceci, c'est que cette différenciation, cette séparation, cet isolement du dominium a été réalisé surtout parce qu'il y a eu comme une sorte d'usure de la patria potestas et de la manus qui, en perdant petit à petit de leur contenu et de leur force ont fini par avoir une physionomie particulière et par se trouver séparées du dominium, tandis que le dominium a conservé toujours sa physionomie primitive de puissance, et même cette physionomie de puissance a été en se renforçant, puisque la patria potestas s'exerçant sur les choses a fini par supprimer la co-propriété familiale, si bien que dans le dominium nous avons eu comme une sorte de triomphe de la potestas.

D'abord il est superflu de montrer qu'il y a eu usure de la patria potestas. Vous savez que d'abord le père avait sur ses enfants et petits-enfants une véritable omnipotence, vous savez qu'il avait le droit

de tuer ou d'aliéner ses enfants; il avait par conséquent quelque chose qu'on pourrait appeler l'abusus; vous savez aussi que cet abusus a disparu; et vous savez que le pater eut le droit de louer ses enfants; et que le fils de famille ne put pendant longtemps conserver pour lui le produit de son travail. Il y avait donc ici une espèce de droit de jouissance; si vous voulez le jus utendi fruendi. Ce droit disparu, la possibilité de louer son fils a cessé. Et, de plus, on a fini par créer les pécules castrense et les biens adventices et le fils a fini par conserver pour lui-même le produit de son travail. Par conséquent, il y a eu là une différenciation, la situation du fils de famille a pris une physionomie particulière, et puis, un jour il y a même eu un effort pour faire rentrer dans la famille naturelle les fils émancipés, si bien que nous avons eu un concept de la patria potestas qui, par une sorte d'usure a fini par devenir quelque chose de tout à fait particulier, de sui generis, de distinct du dominium.

Même solution pour la manus : le droit du mari sur sa femme cum manu n'a pas cessé de s'amenuiser. Il a très vite perdu le droit de la tuer; il a très vite aussi perdu le droit de disposer en toute liberté de sa dot (vous savez qu'il y a eu tout un système pour protéger la dot); vous savez enfin qu'il a fini par y avoir même un certain rapprochement dans le statut, si j'ose dire, de la femme mariée sine manu, si bien que nous avons eu là une institution spéciale sui generis distincte du dominium.

Le dominium

Le dominium s'est donc trouvé seul, la patria potestas s'exerçant sur les choses, si vous voulez, à fîères accentuées ni par se trouver seule à conserver sa physionomie primitive et toute sa vigueur primitive; elle ne l'a pas perdue, et non seulement elle ne l'a pas perdue, mais je dirai même, comme je faisais remarquer tout à l'heure, qu'elle est devenue comme plus forte, car en effet à l'origine, il y a eu co-propriété familiale. La situation des heredes sui dont nous avons déjà parlé suffirait à prouver l'existence ancienne de cette propriété familiale. Or, cette co-propriété familiale a disparu parce que le jeu même de la potestas du pater avait pour résultat de faire que le père avait une telle puissance sur ses biens communs, un tel pouvoir de disposition et d'aliénation, que finalement cette puissance de la patria potestas a fini par nous donner une propriété purement individuelle, une propriété dans laquelle la souveraineté du propriétaire n'avait plus aucune espèce de limite possible et imaginable, si bien que nous avons eu un dominium qui est devenu une espèce de droit souverain, l'ancien droit qu'avait le pater dans le groupe familial qui constituait comme

une sorte d'Etat dans l'Etat, si bien que ce dominium a fini par avoir une physionomie presque exorbitante du droit commun privé pour prendre une physionomie de puissance très étendue, comme quelque chose de politique.

Voilà comment le dominium a fini par se séparer de la patria potestas et de la manus tout en conservant sa physionomie primitive, tout en la renforçant même.

Les obligations se séparent du dominium (la loi Poetelia Papiria)

D'autre part, il est inutile de dire que les obligations personnes licites ou illicites ont fini par se séparer de la façon la plus nette du dominium. Ceci est bien évident. Du reste si j'avais à le prouver, pour les obligations licites tout au moins, qui sont les premières à s'être séparées, qui sont les premières à être sorties de ce champ de la puissance de la manus, il me suffirait de reprendre le texte de Tite-Live que je vous ai lu dans la dernière leçon, le texte de Tite-Live relatif à l'apparition de la loi Poetelia Papiria (428 de Rome). En effet, voici comment se terminait ce texte: "l'ordre a été porté au peuple que personne, à moins qu'il n'ait commis une noxa, pendant qu'il accomplit sa peine, ne puisse être tenu dans les chaînes,.... etc...." Ils ont décidé, par conséquent, que ce seraient les biens du débiteur, de la pecunia credita et non plus le corpus de ce débiteur qui serait ob noxium, et par conséquent, les nexi ont été soluti, ont été déliés dans le sens physique du mot, et il a été pris des précautions pour que ce-ci ne se produise plus à l'avenir. C'est donc bien vous dire que ce lien physique va disparaître puisque ce seront les biens seuls qui deviendront le gage.

Du reste, je dois dire que, évidemment, il est difficile de faire une critique littérale d'un texte littéraire, et que pour être absolument complet, il faudrait voir tous les textes que nous possédons sur cette question. Vous pourriez vous rendre compte que les autres sont un peu moins précis et qu'en particulier le débiteur d'une obligation licite ne pouvait délier son corps qu'à la condition de jurer tout au moins de donner un certain travail.

Quoi qu'il en soit, il est bien certain que les obligations licites ont fini par perdre complètement cette physionomie de droit réel. Vous savez que le système de la missio in bonis a fini par jouer, et puis celui de la venditio bonorum, par conséquent, nous avons fini par avoir un système dans lequel ce qui était tenu ce n'était plus le corps du coupable mais les biens du coupable.

Et de plus, pour obtenir cette exécution sur les biens, il a été nécessaire de recourir à un jugement,

il a fallu dans la procédure formulaire que le juge déclare qu'il importait de faire telle datio, par conséquent nous avons eu un lien entre un créancier et des biens du débiteur, et non plus la personne physique du débiteur, et encore ce lien n'existeit qu'à la condition qu'il ait été reconnu par le juge. Et nous allons donc peu à peu, à mesure que la procédure évoluera, et à mesure que nous irons vers une procédure extraordinaire dans laquelle le jugement sera une décision de l'autorité publique, nous irons de plus en plus vers un lien de droit, qui non seulement ne sera plus un lien direct, une puissance directe du créancier sur le débiteur, qui deviendra une puissance du créancier sur les biens du débiteur, et qui, finalement deviendra en somme une obligation légale, une obligation de l'autorité publique, puisqu'il faudra un jugement de l'autorité publique, qui deviendra une obligation légale entre une personne et les biens du débiteur, par l'intermédiaire du débiteur. Le débiteur alors à ce moment là sera tenu légalement de faire un dare, un facere ou un oportere, il sera tenu par la loi d'une certaine obligation, mais il n'y aura plus de lien absolument direct ni entre le créancier et la personne du débiteur ni même entre le créancier et les biens du débiteur puisqu'il faudra toujours une certaine intervention légale, et que finalement l'obligation n'existera que parce que la loi la consacrera et la reconnaîtra. On arrivera, si vous voulez, à ce qui est la formule même de notre Code civil: la volonté des parties est la loi des parties, seulement c'est une loi que les parties font.

Du reste, voici quelles vont devenir les définitions des obligations à l'époque classique. Vous connaissez la définition de Paul (Digeste, 44, 7, 3, prologue); "la substance d'une obligation ne consiste pas en ce qu'un corps devient nôtre ou en ce qu'une servitude devient nôtre, mais en ce qu'elle oblige une autre personne vis-à-vis de nous à un dare, à un facere ou à un praestare". Vous le voyez, ici c'est un lien entre une personne, c'est un lien entre un créancier, le créancier a droit à un certain praestare, facere, et c'est un débiteur qui est obligé de le faire.

Mais voici la formule des Institutes de Justinien qui montre alors que nous arrivons complètement à l'idée du vinculum juris (Justinien, 3, 8 prologue); "L'obligation est un lien de droit, un vinculum juris, par l'existence duquel nous obligeons quelqu'un à payer quelque chose conformément aux *jura civitatis*". Vous voyez, c'est l'obligation légale. L'évolution se termine ici.

Nous avons donc, si vous voulez, un lien physique

à l'origine une puissance du créancier sur son débiteur, ensuite une certaine puissance du créancier sur les biens du débiteur, puis ensuite, progressivement, un jugement de l'autorité publique qui viendra décider qu'un débiteur est tenu vis-à-vis d'un certain créancier de donner quelque chose, par conséquent qu'il va y avoir entre la chose et le créancier un intermédiaire qui sera l'obligé, mais l'obligé en vertu de la loi. Et finalement, nous arrivons alors à la conception du lien juridique, de la loi, si vous voulez, une espèce de loi faite par les parties, mais imposée par l'autorité publique, à l'idée du vinculum juris secundum jura civitatis.

Il est évident qu'à ce moment là l'obligation est devenue ce qu'elle est aujourd'hui, donc une institution d'une physionomie absolument différentes de celle du dominium.

Plus tardivement que les obligations licites, ce fut seulement plus tardif. A l'époque de la loi Postelia Papiria, le lien physique subsiste pour les obligations illicites aussi nettement, qu'on les exclut. D'autre part, à l'époque de Cicéron, les obligations illicites se séparent du dominium

min que les obligations licites, ce fut seulement plus tardif. A l'époque de la loi Postelia Papiria, le lien physique subsiste pour les obligations illicites aussi nettement, qu'on les exclut. D'autre part, à l'époque de Cicéron, les obligations illicites se séparent du dominium

celui-ci nous dit que la formule employée en matière de furtum par le demandeur était aio furtum factum esse ope concilio et tuo: je déclare que le furtum a été réalisé par ton travail, par ton œuvre de fait et d'intention. Mais à cette époque lorsqu'on avait prouvé l'existence du furtum, la poena jouait toute seule, on n'avait qu'à prouver le furtum et à ce moment là la poena existait. Evidemment, cette poena devenait une poena pécuniaire et ce n'était plus l'emprise directe du corps du débiteur, mais il y avait encore quelque chose qui subsistait de l'ancien système, puisqu'il suffisait de rendre manifeste par le jugement l'existence du furtum pour qu'on puisse réclamer sa poena directement et immédiatement; il y avait là à la fois une trace du système ancien en même temps qu'il y avait une trace de l'évolution.

Mais la poena a fini par se développer énormément. Il y a là-dessus des textes de Gaius (3, § 189 et suivants) qui, à ce point de vue là pourraient être assez intéressants, car ils nous montrent bien progressivement tous les droits sur le corps du débiteur disparaissant; ils nous montrent progressivement tous les délits sanctionnés uniquement par des poenae, c'est-à-dire par une espèce de rachat qui devient légal, et par conséquent, nous allons ici vers une obligation légale, et vous savez aussi que nous avons fini par arriver à une obligation purement légale.

Vous savez également que, par exemple, dans les Institutes de Gaius, nous avons une énumération des obligations et qu'on nous dit: il y a trois sources d'obligations, les obligations licites, les obligations illicites, les quasi-contrats. Il y a là un rapprochement et à cette époque une confusion, si vous voulez, quant à la nature foncière juridique, entre les obligations licites et les obligations illicites.

Du reste cette division de Gaius est faite d'une façon un peu maladroite; un peu malaisée, il n'y a pas beaucoup d'ordre dans le plan de Gaius; il semble bien que ce rapprochement des obligations licites et illicites soit assez récent et que la confusion totale quant à la nature foncière des deux obligations ne soit pas extrêmement antérieure à Gaius.

La distinction
des res corpora-
les et des res
incorporales
diminua le do-
maine du dominium

Voyons maintenant comment la doctrine des res corporales et des res incorporales devait contribuer elle aussi à isoler et à différencier le dominium.

Inutile de rappeler que cette division en res corporales et en res incorporales eut une très grande importance, qu'elle a complètement dominé le droit romain, et qu'encore aujourd'hui beaucoup de particularités de notre droit moderne sont en réalité des conséquences de cette division peu heureuse en res corporales et en res incorporales. Gaius (Institutes, 2, 12, 13, et 14) nous donne une définition des res corporales et des res incorporales. Il parle là des différentes divisions qui ont été proposées en droit romain, et il arrive à celle-ci en nous disant: enfin, il y a les res corporales et les res incorporales. Les res corporales sont celles qui peuvent être touchées, comme par exemple, un fonds de terre, un homme, un vêtement, de l'or, de l'argent, et encore un nombre considérable d'autres choses; les res incorporales sont celles qui ne peuvent pas être touchées, qui consiste exclusivement en un droit, comme, par exemple, l'hérité, les obligations, de quelque façon qu'elles aient été contractées. Et, peu importe, du reste, que dans une hérité il y ait des res corporales, que dans un usufruit il y ait des choses corporelles, que dans une obligation on soit tenu de remettre des choses corporelles, telles qu'un fonds, un homme ou de l'argent, car ce droit même de succession, ce droit d'usufruit, ce droit d'obligation sont incorporels.

Par conséquent, il y a deux catégories de choses, les choses matérielles, les choses qui sont l'objet d'une pleine propriété, et les choses matérielles ou immatérielles, qui ne sont pas l'objet d'une pleine propriété, un fonds de terre, une maison qu'on possède en pleine propriété constituent une chose corporelle,

Gaius considère
le droit de pro-
priété comme
une chose cor-
porelle.

au contraire, un usufruit sur une maison ne constitue plus une chose incorporelle.

Il y a évidemment là une division qui semble très inexacte, on est extrêmement surpris de voir mettre le droit de propriété comme une chose corporelle, et d'autre part l'usufruit comme une chose incorporelle. Gaius nous dit: évidemment, dans une hérédité ou dans un usufruit on pourra avoir appréhendé des choses corporelles mais néanmoins nous sommes en présence d'une chose incorporelle, parce qu'il s'agit ici d'un jus qui est essentiellement incorporel. Ceci nous amène à dire: mais, dans la propriété, qu'est-ce qu'il y a ? Il y a aussi un droit sur une certaine chose et ce droit est tout aussi incorporel que le droit d'usufruit, si bien qu'on a comme une hésitation à donner le sens que j'indique au texte de Gaius, et que quelquefois certains auteurs ont essayé de contester cette signification du texte de Gaius et ont essayé de dire que peut-être le droit de propriété serait un droit incorporel. Ceci est certainement inexact. Pour le prouver il suffirait de reprendre les textes que je vous ai donnés tout à l'heure à propos des servitudes; je vous ai lu le texte de Gaius (*Institutes*, 2, § 17 et 28). dans le § 17 on nous dit: "de même, presque toutes les choses incorporelles sont des choses nec mancipi, cependant les servitudes préiales et rustiques sont des choses mancipi, quoiqu'elles figurent dans la liste des res incorporales".

Au surplus, il semble que si on essayait de trop séparer le droit de propriété des autres droits, si on essayait de dire que le droit de propriété n'est pas une chose corporelle, tandis que l'usufruit serait corporel, on irait, contre la pensée même de la doctrine philosophique qui est à la base de cette division en res corporales ou incorporelles. C'est là une définition d'origine stoïcienne, et j'ai essayé de voir ce que les stoïciens avaient pu entendre par choses corporelles et incorporelles, je me suis rapporté à la thèse latine de M. Brehier. C'est une question horriblement difficile et je ne garantis pas que je vous apporte ici une bonne explication. Mais il me semble que deux catégories de choses étaient des res corporales: Les choses matérielles, quae tangi possunt, d'une part, et, d'autre part, l'émanation d'une chose et d'une autre chose, si vous voulez, la radioactivité normale d'une chose, est également res corporalis; les res incorporelles sont des choses qui sont ce qui n'est plus dans l'activité normale, dans la force attractive normale d'une chose. Si ceci est bien exact, vous comprenez que le droit de propriété qui est le lien naturel, normal d'une personne et d'une chose, qui est comme le rapport ordinaire est res corporalis; au contraire,

toutes les atténuations au droit de propriété, tout ce qui n'est plus le droit de propriété, comme, par exemple, une servitude ou un usufruit, qui est une déformation de cette attraction normale de deux choses, est res incorporalis.

Je crois donc que c'est une bonne traduction du texte philosophique que cette distinction en res corporales et en res incorporelles, en faisant rentrer la propriété parmi les res corporales. Et par conséquent, si ceci est exact, il ne faudra pas reprocher aux juristes romains de n'avoir pas vu quelle était la véritable physionomie du droit de propriété et de ne pas avoir vu que c'était un droit de propriété, il ne faudrait pas leur reprocher d'avoir fait la confusion du langage commun en disant "ma maison", "mon livre", ils ont pu parfaitement comprendre ce que c'était que le droit de propriété et en faire tout de même une res corporalis.

Pour Gaius les res corporales sont celles qui peuvent être touchées

Mais il est bien évident que si cette explication est exacte, la confusion et l'erreur ont été commises par les juristes postérieurs à l'inventeur de la doctrine des res corporales et des res incorporelles qui s'en sont servi; il est évident que pour Gaius, les res corporales sont tangibles et les res incorporelles sont des droits. En admettant que l'erreur n'ait pas été initialement dans la pensée de ceux qui ont eu l'idée de cette division en res corporales et en res incorporelles, l'erreur s'est produite ensuite chez les juristes postérieurs, philosophes moins avertis et qui ont comme Gaius, considéré que toutes les res corporales sont des choses qui peuvent être touchées.

Cette division en res corporales et res incorporelles est évidemment une division qui non seulement n'est pas satisfaisante pour l'esprit, mais qui encore présente fatalement des inconvénients pratiques. Vraiment si on voulait trouver en législation pure, ou même si on voulait chercher véritablement et logiquement la véritable division des choses, il faudrait dire que nous avons deux catégories de choses, d'un côté le capital, dans le sens économique du mot, le capital productif, et de l'autre côté, ce qui n'est pas le capital productif. Il semble que si nous regardons les divisions des choses qui sont généralement données par les législations positives, nous voyons que ces législations positives, même lorsque cette division n'est pas la division qui se présente expressément, est tout de même celle à laquelle elles pensent et vers laquelle elles tendent comme d'instinct.

La distinction entre res corporales et incor-

Les res mancipi étaient ce qui constitue le capital pour un peuple agricole et les res nec mancipi ce qui ne constitue pas ce capital. Quand disparaîtra

porales fut créée quand les richesses dépassèrent le cadre des res mancipi. La distinction entre meubles et immeubles au Moyen Age peut être comparée à celle entre res nec mancipi et res mancipi. Elle s'avéra elle aussi insuffisante.

cette division ? Quand finira-t-elle par devenir insatisfaisante et quand ira-t-on chercher celle des res corporales et incorporales ? C'est à une époque de développement commercial, à un moment où il y a aura d'autres capitaux que les res mancipi.

Regardons maintenant dans le droit français du Moyen Age, la division des meubles et des immeubles : cette division des meubles et des immeubles, cela cadrerait très bien avec une époque d'activité agricole, mais regardez comme on a cherché à faire entrer dans la catégorie des immeubles des choses qui étaient des meubles, mais qui étaient du capital, parce que c'était du capital. Vous savez qu'on y a fait entrer les tenures, le droit sur les tenures, et ici ce n'est plus tout à fait un immeuble : on y a fait entrer toutes les variétés de rentes et même les offices.

Combien aujourd'hui est insuffisante, désuète, insatisfaisante la division des meubles et des immeubles. Pourquoi ? Parce qu'on trouve qu'il est extraordinaire de ne pas traiter de la même façon que les immeubles les valeurs mobilières qui sont du capital. Qu'est-ce qui nous choque dans cette division des meubles et des immeubles ? C'est par exemple que les immeubles de la femme constituent les propres dans la propriété légale, et que ses titres, par exemple, titres de rentes, ne constituent pas ses propres ; et c'est pour cela que toutes les fois que quelqu'un a un peu de fortune, on adopte un régime spéciale, par exemple la communauté réduite aux acquêts.

D'autre part, si on considère le régime de la tutelle, on voit une série de lois pour arriver à assimiler les meubles aux immeubles ; nous sommes en présence d'un effort pour faire entrer les meubles dans la catégorie du capital.

Par conséquent, une division qui n'est pas établie sur cette base économique est une division qui n'est pas satisfaisante, et la division des Roms en res corporales et en res incorporales, est une division qui ne pouvait pas être satisfaisante. Elle a présenté de très nombreux inconvénients. Du moment que nous avons des res corporales et des res incorporales et que la propriété ne peut porter que sur des res corporales, nous arrivons à cette idée que la propriété a un caractère essentiellement matériel, tangible et nous arrivons difficilement à comprendre des notions telles que celle de la propriété commerciale, par exemple, ou de la propriété littéraire. Ce n'est pas à dire qu'on n'y arrive pas, il est possible en effet de les créer ; nous assistons à leur genèse, mais cela nous gêne, parce que cela va contre la vieille théorie des res corporales et des res incorporales.

D'autre part, cette conception romaine avait évidemment pour résultat de rapprocher les droits personnels et les droits réels; entre les droits personnels et les jura in re aliena, les servitudes par exemple, il n'y a plus de différence essentielle, ce sont les unes comme les autres des res incorporales qui ont même titre, qui s'opposent à la propriété; et les Romains ont été extrêmement gênés pour expliquer d'après cela les droits de suite ou de préférence qui pouvaient exister en matière de droits réels, ils ont abandonné la division et ont été obligés cependant de la rétablir en matière de procédure; nous avons les actions réelles et les actions personnelles en matière de procédure.

D'autre part, cette théorie qui oppose le dominium aux res incorporales, oppose aussi évidemment le dominium aux servitudes et aux droits réels d'une façon générale, et, par conséquent, ceci rend la théorie des servitudes extrêmement difficile à faire, on ne peut plus concevoir l'existence de servitudes.

Il conviendrait maintenant de montrer les conséquences de cette théorie des res corporales et des res incorporales, très sommairement, au point de vue auquel nous nous plaçons, c'est-à-dire pour montrer qu'elles ont eu pour résultat d'entraîner une séparation du dominium du reste du droit; elles ont séparé le dominium des servitudes, elles ont séparé aussi et différencié la théorie de la possession

Différenciation des servitudes

Les servitudes vont devenir quelque chose d'essentiellement différent du dominium. Ce sont des res incorporales. Gaius nous dit: toutes les choses incorporelles sont des res nec mancipi, à l'exception cependant des servitudes, car ces servitudes rustiques sont des res mancipi comme la propriété, bien que cependant ce soient des res incorporales.

D'autre part, du moment que les servitudes deviennent des res incorporales, elles ne peuvent plus, en principe, être l'objet d'une mancipatio; et, par conséquent, le fait que les servitudes prédiales rustiques peuvent être l'objet toujours d'une mancipatio à cause du souvenir de l'époque antérieure, apparaît aux juris-consultes comme quelque chose de choquant.

L'usucaption également leur apparaît impossible, et la loi Scribonia est venue supprimer l'usucaption en matière de servitudes.

D'autre part, on déclare que les servitudes qui sont des res incorporales ne peuvent pas faire l'objet d'une tradition comme le dominium. Gaius (2, 28) nous dit: "Res corporales traditionem non recipi possunt

Les servitudes sont rangées parmi les res incorporales. Les servitudes prédiales russiques sont cependant res mancipi

Les servitudes ne peuvent faire l'objet d'une tradition

plus quam manifestum est"; il est bien évident que les res incorporales ne peuvent pas faire l'objet d'une traditio et que, par conséquent, les servitudes ne le peuvent pas non plus.

De plus, la possession des servitudes apparaît également comme quelque chose d'impossible, c'est ce que dit Paul; (*Digeste*, 8, 1, 14) "les servitudes pré-diales rustiques, même si elles sont relatives, si elles touchent à des choses corporelles, sont cependant incorporelles, et par conséquent, elles ne peuvent pas être l'objet d'un usucapio; elles sont telles qu'elles ne peuvent pas non plus faire l'objet d'une possession certaine et continue, personne, en effet, ne peut circuler sur la servitude d'une façon perpétuelle et continue, de telle sorte qu'elles apparaissent comme n'interrompant pas la possessio à aucune espèce de moment". D'où confusion très nette entre les obligations, d'une part, et les servitudes d'autre part.

Cette confusion, elle est difficile à faire à cause du passé, elle est difficile à faire parce que historiquement, à cause des règles anciennes, les servitudes pré-diales rustiques pouvaient être l'objet d'une mancipatio et que les servitudes urbaines pouvaient être l'objet d'une *in jure cessio*, mais ceci n'était plus d'accord avec les idées nouvelles, et alors, lorsque le droit des gens s'est créé pour les servitudes relatives aux fonds provinciaux, lorsque les Romains ont pu créer librement, dans le droit des gens, en matière de *jus gentium*, ils n'étaient pas gênés par le passé, ils n'étaient pas gênés par le fait qu'autrefois il y avait une théorie générale de la *potestas* qui avait fait que les servitudes pouvaient être l'objet d'une mancipatio ou d'une *in jure cession*, en matière de droit des gens ils avaient appliqué la théorie nouvelle des res corporales et des res incorporales, et sur ce terrain vierge où ils pouvaient appliquer librement leurs principes, ils sont arrivés à dire que les servitudes se constituaient par des pactes ou par des stipulations.

Et Gaius le dit de la façon la plus nette aux *Institutes* (2,31). Il commence par dire: C'est vrai, c'est surprenant, mais c'est ainsi, c'est contraire aux principes, mais il peut y avoir une mancipatio pour les servitudes pré-diales rustiques, il peut y avoir une *in jure cessio* pour les servitudes urbaines, lorsque nous sommes en matière de *jus italicum*; mais sur les fonds provinciaux, soit qu'il s'agisse de créer une servitude d'*usufruct*, soit qu'il s'agisse d'une servitude de passage, soit qu'il s'agisse d'une servitude de vue ou d'autres *jura similia*, ou d'autres servitudes du même genre, celui qui veut les constituer peut le faire par des pactes ou des stipulations, parce que sur ces

fonds là on ne peut concevoir la mancipatio ou l'in jure cessio.

Justinien décide que toutes les servitudes pourront être constituées par pactes et stipulations.

C'est donc par des pactes ou par des stipulations que l'on devra constituer les servitudes, ici, en matière de fonds provinciaux, et, on remarque que Justinien, le jour où il a pu aller jusqu'au bout du principe des res corporales et des res incorporales, a décidé que toujours, dans tous les cas, toutes les servitudes seraient constituées par des pactes ou par des stipulations. Justinien, Institutes (2, 3, 4): "Si quelqu'un veut constituer une servitude de voisinage, il doit le faire par des pactes ou par des stipulations". Et même Justinien ajoute (Institutes, 2, 4, 1): "Si quelqu'un veut par un autre procédé que le testament constituer un usufruit, il devra le faire par un pacte ou par une stipulation". (La même formule que tout à l'heure).

Voilà bien nos servitudes, res incorporales, qui vont rejoindre les obligations et qui vont se constituer comme les obligations, dès l'époque classique pour les fonds provinciaux, et, dans tous les cas, avec Justinien. Et cependant, il est bien évident qu'à cette époque on trouve que la propriété ne peut être constituée que par un procédé de remise matérielle, autrement que par des pactes ou par des stipulations. C'est ainsi qu'au code Justinien (2, 3, 20), s'exprime ainsi: traditionibus vel usucapio nibus non nudis pactisdominia rerum transferunt, la propriété des choses est transférée par la tradition ou par l'usucaption et non par les simples pactes.

Vous voyez donc bien que les servitudes deviennent quelque chose d'absolument différent du dominium, différent même de ce que nous appelons les droits réels, c'est du domaine des obligations, c'est de la même espèce. Voilà la conséquence de cette théorie des res corporales et des res incorporales qui va jusqu'au bout.

Il est évident que quand on en est arrivé à un système comme celui là, alors l'existence - pour des raisons historiques, pour des survivances historiques - l'existence même à l'époque classique d'institutions comme celle de la mancipatio des fonds prédiaux rustiques ou de l'in jure cessio des fonds urbains, apparaît comme quelque chose d'incompréhensible, et alors on a été amené à créer pour expliquer le fait, à créer la théorie de la quasi-possession ou de la quasi-traditio des servitudes. Cette théorie, vous le savez, il est très difficile de dire de quand elle date, parce qu'elle nous est connue surtout par un texte interposé du Digeste (8, 1, 20). Mais il est très difficile de savoir dans quelle mesure ce texte est interposé. Il

est donc très difficile de dire si la théorie de la quasi possessio est la théorie de la quasi-traditio d'anté de Justinien seulement ou de l'époque classique; mais ce qu'il y a de certain, c'est que cette théorie a existé, qu'elle ne pouvait pas ne pas exister, car il était absolument inexplicable dans ce système nouveau de voir des mancipations de servitudes, de donner un caractère réel aux servitudes, et il fallait bien qu'il y ait une théorie quelconque pour expliquer le fait. Ceci même, prouve par conséquent que dans le système nouveau la servitude se sépare du dominium et que nous avons encore ici une nouvelle séparation entre, d'une part, la propriété, d'autre part, les droits réels.

La possession des res incorporales apparaît comme impossible (Textes de Paul)

On pourrait en dire autant de la possession. Du jour où on a eu la théorie des res corporales et des res incorporales, il y a eu des difficultés à propos de la possession. En effet, la possession des res incorporales est apparue comme quelque chose d'impossible, il y a des textes qui le disent, malheureusement les textes qui le disent sont pour la plupart de Paul, par conséquent on peut se demander - je n'entre pas dans le détail de la controverse - si nous sommes en présence d'une opinion nouvelle de Paul ou d'une opinion générale. Il y a des textes surtout de Paul qui nous disent, par exemple au Digeste (41, 2, 3) que seules les choses corporelles peuvent être l'objet d'une possession; il y a un autre texte de Paul (Digeste, 41, 3, 4, 26) qui, à propos d'une servitude de passage conclut de cette façon: nec possidere intelligitur jus incorporale, car on conçoit bien qu'un jus incorporale ne peut pas être l'objet d'une possession. De plus, vous savez que c'est encore Paul qui a répandu la théorie fameuse de la possession qui est la jonction de deux choses d'un corpus et d'un animus, théorie qui exclut de la possession tout ce qui n'est pas chose corporelle. D'où des théories diverses pour essayer d'expliquer ce qui existait antérieurement. On a distingué la possessio civilis ad usucaptionem, de la possession civile qui même à la propriété, la possession ad interdicta et la simple détention.

On a créé la théorie de la possessio juris, à une date que je ne cherche pas à préciser.

Quoi qu'il en soit, nous avons ici, en matière de possession une séparation de la possession propriété, d'une part, des autres possessions, d'autre part.

Donc, nous voyons bien que la propriété nous apparaît comme un droit tout à fait spécial, absolument distinct de tous les autres droits, nous voyons qu'elle

Par ces discriminations successives la

propriété apparaît comme un droit tout à fait spécial

nous apparaît comme un droit matériel, et enfin qu'elle nous apparaît toujours comme un droit dans lequel le dominium et la potestas existent. Cependant elle n'a pas changé de caractère, la propriété conserve son élément de dominium, de puissance et même elle le conserve renforcé, puisque, en parlant de cette séparation et de cette différenciation de la manus, de la patria potestas et du dominium, nous avons montré que dans la propriété il y avait une certaine potestas du pater s'exerçant sur la co-propriété familiale, caractère de puissance qui était devenu si fort, qu'il a fini par supprimer le caractère collectif de propriété pour nous mener à une omnipotence absolue et totale de celui qui détient cette puissance, si bien que la propriété apparaît comme une détention de souveraineté. Donc, caractère ancien, mais ne s'exerçant plus que sur un champ extrêmement restreint.

3° - La propriété en droit classique.

La pratique de plus en plus large de la traditio modifie le caractère de la propriété

Cette propriété, elle va évidemment, c'est la conclusion de ce qui précède, conserver son caractère ancien de puissance sur une chose, mais elle va en même temps, dans une certaine mesure, changer quelque peu de caractère sous l'influence de la pratique de la traditio. C'est en effet toujours par traditio maintenant que la propriété se transférera, la mancipatio et l'in jure cessio perdant tous les jours du terrain.

Cette pratique de la traditio aura des conséquences multiples.

1ère conséquence : elle va donner une extension plus large à la propriété, car la traditio sera pratiquée non seulement sur les fonds italiques et entre citoyens romains, mais elle sera pratiquée sous une forme fictive en matière de fonds provinciaux et pour les non citoyens romains. Donc, extrême extension de la propriété.

D'autre part, cette propriété qui va se transférer toujours par traditio sera donc une propriété qui se réalisera finalement par usucaption, par l'exercice de la puissance sur la chose, et la propriété apparaîtra donc comme étant essentiellement une occupation originale, dérivée ou permise. Par conséquent, la traditio va d'un côté étendre le champ d'application de la propriété, corriger les formes d'obtention de la propriété mais elle ne va pas modifier la conception, puisque celle-ci va être de plus en plus l'idée d'occupation qui va se trouver à la base.

Mais, si c'est l'idée d'occupation qui se trouve à la base de la propriété, alors comment voulez-vous que nous concevions dans un système comme celui-là

Extension de la propriété aux non citoyens et aux champs provinciaux grâce à la traditio

La propriété apparaît comme une occupation originale

Difficultés pour concilier cette idée

l'occupation
avec la notion
de servitudes

l'existence des servitudes, de droits réels, et comment voulez-vous qu'on conçoive dans un système comme celui-là l'existence de tenures telle que celle du locataire perpétuel, telle que celle de l'emphytéote, celle du superficiaire. Il va y avoir quelque chose qui existe-ra en fait, parce qu'il y a une nécessité économique, mais horriblement difficile à faire rentrer dans le fonds même de la théorie romaine, par conséquent, cette théorie romaine va se trouver en conflit avec sa propre pratique, et vous comprenez comment du droit romain, nous pourrons tirer deux choses: d'une part, en appliquant l'esprit du droit romain, la propriété du code civil français, et, d'autre part, en appliquant des pratiques romaines qui ont été obligées de plus en plus de s'écartez de la théorie pour reconnaître tout de même quelque chose à ces superficiaires ou à ces emphytéotes, nous allons aller à la propriété divisée du moyen age. Quand on essayera de donner un habit romain à la propriété divisée on trouvera des pré-cédents, dans le droit romain, mais qui iront contre le génie du droit romain, et nous aurons une conception romaine historiquement et anti-romaine génialement, dans son esprit et dans sa pensée.

Voilà ce qu'il convient de montrer, et à cet ef-fet, nous adopterons le plan suivant :

Quelques mots sur la pratique de la traditio.

Quelques mots sur la conception du dominium pro-prietas

Quelques mots ensuite sur l'emphytéose, la super-ficie et le jus perpétuel.

Pratique de la traditio

On sait comment cette pratique a pu s'introduire dans le droit romain, vous savez que nous avions une seule catégorie de propriété foncière, la propriété du jus quiritium qui ne pouvait s'appliquer qu'aux fonds jouissant du jus quiritium. D'une façon générale, dans le système du droit quiritaire, nous avions comme modes de transfert la mancipatio et l'in jure cessio; ces procédés de transfert de la propriété mobilière ou immobilière de res mancipi ou nec mancipi était un système compliqué qu'on a cherché à abandonner.

D'autre part, il y avait quelque chose qui remon-te assez loin; c'était la possession de fait protégée et l'usucaption; on sait fort bien que quand un individu possédait en fait un objet, le lui retirer consti-tuait un délit dès la loi des XII Tables; d'autre part des interdits ont protégé cette possession, par consé-quent il était possible de remettre matériellement quelque chose à quelqu'un sans lui transférer la pro-priété.

La possession
prolongée con-naisait à l'u-sucaption, on a
pu se servir de
la tradition
comme mode de
transfert des
res mancipi

Mais, d'autre part, l'usucaption permettait d'aller à la propriété. Le but de cette institution est indiqué par un texte de Gaius: l'usucaption, dit-il, a pour fin d'empêcher le dominium des choses de rester trop longtemps incertain, et comme il suffit d'un délai d'un an ou de deux ans pour revendiquer et réclamer une chose qu'on a perdue, il a semblé également que ce délai d'un an ou de deux ans devait suffire pour permettre d'usucaper, de posséder définitivement par l'usucaption.

Cette usucaption a été réglementée de très bonne heure, la loi des XII Tables déjà interdisait l'usucaption des res furtivae, des choses volées. D'autre part une lex Plautia qui date probablement de l'époque de Sylla a rendu impossible l'usucaption des choses acquises par violence; puis, lorsque la théorie de la bona fides s'est développée, on est arrivé à la doctrine de la justa causa et de la bonne foi.

On crée la doctrine de la justa cause traditionis

Que pouvait être cette justa causa ? Ce pouvait être, ou bien un juste titre de transfert, un juste titre d'échange, un abandon noxal, une donation etc... Ceci supposait un juste titre de concession, d'échange de propriété, d'accord de volonté entre deux individus, entre un ancien propriétaire et un nouveau possesseur; ou bien alors, la justa causa pouvait être une cause d'acquisition reconnue légitime par le droit sans qu'il y ait eu à penser qu'il y avait eu un accord de volonté des deux personnes à intervenir.

J'évite en ce moment d'être précis, et voici pourquoi: il convient en effet de montrer que dans la justa causa, il y a le juste titre de la tradition et il y a quelque chose de plus, ce peut être le juste titre du transfert qui constitue un motif légitime d'acquisition, ce peut être une justa causa, cause d'acquisition individuelle unilatérale reconnue par le droit, par exemple en matière de res derelicta, vous avez là un juste titre, si vous avez l'acquisition d'une chose vous pouvez l'usucaper dans le délai d'un an ou de deux ans. Ou bien, ce peut être l'usucatio pro herede, vous croyez que l'objet fait partie d'une succession que vous êtes en train d'usucaper, vous l'usucapez aussi.

Inutile d'insister davantage sur cette notion du juste titre qui comprend deux choses, le juste titre ou une justa causa qui peut être un motif d'acquisition reconnu par le code sans qu'il y ait accord de volonté ni échange de volonté, et puis enfin, il faut la bonne foi, c'est-à-dire qu'il faut que l'on ait un titre que l'on croit juste, et on n'admet l'erreur qu'en matière de fait et non pas en matière de droit

Voilà donc un système de possessio et d'usucatio

La bonne foi est exigée en matière de tradition

qui évidemment, permettent d'arriver à la propriété. Il est bien certain que de très bonne heure on a dû avoir recours au jeu de la possessio et de l'usucapio pour réaliser des transferts de propriété. Il suffisait de remettre matériellement une chose à quelqu'un, il suffisait pour que quelqu'un puisse avoir un titre possessoire qu'on lui reconnaîsse la possibilité d'usuca-per, peut-être même pouvait-on réaliser la chose en prévoyant que si le propriétaire qui remettait la chose en possession, en vue d'usucapio, réclamait plutôt, il y aurait eu des clauses pénales, on aurait pu arriver à réaliser un transfert de propriété par la tradition avant que le prêteur n'ait eu à s'en occuper. Mais ce système ne devait pas donner de résultats précis jusqu'au jour où on est venu sanctionner la situation, et où un prêteur inconnu, qui s'appelait probablement Publicius, est venu donner une action publique par laquelle on accordait à l'individu en train d'usuca-per une action réelle, comme si les délais d'usucaption avaient été expirés. Vous savez quelle était la formule délivrée par le prêteur: il disait au juge de juger comme si les délais d'usucaption étaient expirés, et si, par conséquent, l'individu possesseur avait justa causa et bonne foi, il pouvait au bout d'un certain délai obtenir la propriété pleine et entière.

D'autre part, l'action publique ne suffisait pas évidemment à elle toute seule; on aurait pu se servir de cette action fictive vis-à-vis des tiers, mais on n'aurait pas pu l'opposer au propriétaire lui-même, alors on a prévu en même temps une replicatio basée sur l'idée de dol contre le propriétaire qui aurait voulu revendiquer la chose dont il avait fait la traditio.

Telle est la situation. Tout à l'heure nous avons vu ce qu'elle était lorsqu'il y avait eu une usucaption, et lorsque nous étions en présence simplement du jeu de la possession et de l'usucaption. Lorsque nous sommes en présence du jeu de l'usucapio et de la possessio, nous pouvons arriver à détenir une chose et à en devenir finalement propriétaire quiritaire. Il suffit que nous puissions posséder pendant deux ans, et pour pouvoir le faire c'est relativement facile, puisque si les tiers veulent obtenir la chose, ils se heurteront à l'interdit possessoire et que le propriétaire lui-même s'il veut revendiquer la chose pourra être arrêté.

Voilà donc comment on arrivait à donner quelque chose d'équivalent à une replicatio à celui qui avait reçu par traditio, avant même que les délais d'usucapio aient été expirés, avant qu'il ait pu devenir dominus ex jure quiritium.

Voyons quelles étaient les conditions mises au

L'action publique est donnée au possesseur en train d'usuca-per pour le protéger contre les tiers

L'exception de dol est prévue contre la revendication du propriétaire

Les conditions

de la Publi-
cienne

jeu de cette action publicienne, quelles étaient, en d'autres termes, les conditions mises à l'existence de la traditio.

Les conditions seront forcément celles de l'usuca-
pio. On ne peut pas être plus généraux pour la tradens,
pour celui qui a reçu par traditio, que pour celui qui
usucape d'une façon normale, puisqu'on doit le mettre
en état d'usucaper. Nous devons donc avoir les condi-
tions de l'usuca-
pio, mais cependant il peut se faire
que le préteur pour accorder la publicienne exige des
conditions un peu plus rigoureuses que celles de l'usu-
capi-
o.

De plus, il peut se faire qu'il y ait encore une
petite différence à un autre point de vue, facile à
comprendre: lorsqu'il y a eu l'acte extérieur de tra-
ditio, il est plus facile d'établir qu'on est entré en
possession de la chose, qu'on a le corpus permettant
de réaliser l'usuca-
pio.

faut la pos-
session maté-
rielle et "ex
justa causa"

Pour pouvoir usucaper il faut posséder la chose
matériellement et il faut la posséder ex justa causa.
La traditio peut devenir la preuve de la possession
matérielle, du corpus, si bien qu'il y a là quelque
chose qui peut paraître surprenant: grâce à la tradi-
tio, nous n'aurons pas plus de facilité que dans le
système de l'usuca-
pio pour prouver la cause de la pos-
session, mais nous aurons plus de facilité pour prou-
ver le corpus. Je vous signale ce point, assez facile
à comprendre, mais qui au premier abord peut surpren-
dre.

Conditions mises à la traditio

Ces conditions sont de deux sortes, on a pris l'ha-
bitude de les appeler la remise matérielle et le juste
titre.

La remise
matérielle

Il faut d'abord une remise matérielle de la chose.
Pour les choses mobilières, elle doit être réalisée
par la remise véritable, de la main à la main, par le
fait que vous prenez ce livre et que vous le mettez en
tre les mains de celui qui reçoit par traditio. Vous
pouvez aussi la réaliser en faisant transporter à son
domicile l'objet mobilier. Par conséquent, il n'y a
pas eu à essayer de construction plus subtile, il a
fallu la remise matérielle.

Mais, pour les biens fonciers, pour les terres ou
les maisons qui se trouvent sur ces terres, les cons-
tructions, on a été amené alors à faire une analyse
des éléments nécessaires pour faire la remise matériel-
le, et on est arrivé à des notions assez subtiles; il
y a d'abord un premier procédé pour faire la remise ma-
térielle des immeubles, c'est d'entrer en possession
de l'immeuble lui-même, c'est, suivant la formule des
textes, de circumbulare fundum, de faire le tour du

fonds, de faire ce qu'on appelle encore le tour du propriétaire

La tradition symbolique

Il y a un autre procédé: la remise par traditio symbolique. Elle s'est faite d'abord par des procédés très simples: par la remise des clés, et au début, il fallait même, d'après certains textes du Digeste, que cette remise des clés fut faite tout près de la maison, pour bien montrer que c'était pour permettre d'entrer dans la maison et d'en prendre possession; plus tard, on a considéré que la remise des clés, même à distance, pouvait suffire.

Sous Justinien simple remise des instrumenta

Après, il y a eu des constructions doctrinales, on a fini par dire qu'une remise de l'instrumentum, de l'acte écrit constatant qu'on avait fait une traditio pouvait suffire pour réaliser cette remise matérielle. Ici, nous sortons terriblement de la traditio directe, de la remise matérielle. Et ici, nous avons une constitution du code (8, 53, 4, I, I) c'est une constitution de Sévère et d'Antonius de 210 qui a été interpolée par Justinien, précisément pour rendre possible cette traditio symbolique; par conséquent cette traditio symbolique ne date pas de 210, elle est postérieure, nous pouvons dire simplement ceci, c'est qu'elle n'existe vraisemblablement pas en 210, mais qu'elle était réalisée à l'époque de Justinien puisqu'on l'introduit par interpolation dans cette constitution: "Tu devras conclure à la réalité de la traditio par le fait qu'il y aura eu remise des titres des instrumenta établissant cette vente".

Et par suite, il y a eu certains actes de Ravenne qui sont à peine postérieurs à la réoccupation de l'Italie du Nord par les armées de Justinien, il y a des actes de cette époque qui nous montrent que l'on a pratiqué cette remise de l'instrumentum, et, ceci est important à noter parce que les Germains ont pratiqué aussi les remises symboliques, ils remettaient des festuca, ils remettaient des objets divers, une motte de terre, etc... De sorte que cette pratique germanique a fini par trouver une confirmation dans ce texte interpolé du code, et ceci a donc pénétré plus fortement encore dans le droit français.

On a du reste distingué entre ce qu'il fallait concevoir comme instrumentum, certains disaient que cet instrumentum dont il fallait faire la remise devait être non seulement l'acte même de vente, immédiat, mais encore et surtout les actes antérieurs, tous les titres de propriété pouvant exister à l'occasion du fonds dont on faisait la vente.

Ensuite, il y a eu des procédés très variés qui se sont répandus par exemple en Italie, on a pris l'habitude de faire la traditio symbolique, non pas en

remettant l'Instrumentum, mais en remettant simplement la plume du notaire: le notaire écrivait l'acte au nom du vendeur, il remettait ensuite cette plume à l'acquéreur, puis il réécrivait l'acceptation de l'acquéreur avec sa plume et alors ce transfert de la plume constituait la traditio symbolique et la remise matérielle de la chose.

Dans une quarantaine d'actes de Haute-Savoie, des Contamines, remontant à 1780 (la Savoie faisait alors partie de l'Italie) le Professeur a retrouvé chaque fois la clause de la remise symbolique de la plume du notaire. C'était donc une pratique courante.

La tradition
de longue main
en montrant
de loin le
fonds

Nous avons eu ensuite d'autres procédés. La traditio de longue main est un procédé moins abstrait que la remise de l'Instrumentum. Il nous est décrit au Digeste (46, 3, 1, 9) Par Javolenus qui dit qu'on peut faire la traditio comme de longue-main, en montant sur une hauteur, par exemple sur une tour, et puis en montrant du toit à l'acquéreur toute l'étendue du bien foncier qu'on lui cède, et alors il y a là comme une remise par la longue-main, on suppose que l'acquéreur allonge sa main jusqu'aux limites même du champ, et qu'alors, de la sorte, il en prend une possession matérielle.

La tradition de
brève-main; ven-
te faite sous
tradition à un
individu déjà
possesseur

Il y a eu ensuite la traditio de brève-main qui nous est indiquée par Gaius (Digeste, 41, 1, 9, 5): "Quelquefois sans tradition, la nuda voluntas, la simple volonté du dominium suffit à transférer la res, sans qu'il y ait eu remise matérielle, comme par exemple, si je t'ai vendu une chose que je t'avais déjà remise à titre de dépôt ou à titre de location, bien que à cette occasion de la remise de dépôt je n'ai pas fait de traditio, cependant parce que je tolère, je supporte que tu conserves la chose à cause de l'action venditi, ceci suffira pour réaliser entre tes mains la remise matérielle". Par conséquent, il y aura ici continuation de la possession, l'individu détenait déjà matériellement la chose à titre de location ou de dépôt, mais voici qu'on lui fait alors une vente de la chose, et il ne sera pas nécessaire de procéder à une traditio et transfert matériel de la chose, s'il était déjà en possession de la chose, il le restera et cette possession sera considérée comme réalisée par la patientia du vendeur, par le fait que le vendeur tolérera qu'il continue à posséder la chose. En réalité, nous avons ici une traditio dans laquelle il n'y a plus aucune espèce de remise matérielle du tout puisque l'individu possédait déjà la chose et qu'il en devient propriétaire, non pas en vertu d'un acte matériel nouveau qui n'a pas été réalisé, mais simplement parce qu'il y a eu changement dans la volonté des deux parties,

si bien qu'ici en réalité, nous sommes en présence d'un transfert de propriété simplement parce qu'il y a eu un changement dans la volonté des deux individus. C'est quelque chose de tout à fait comparable à la vente d'aujourd'hui qui entraîne transfert de propriété.

Il y a eu aussi d'autres procédés qui ont été employés, il y a eu ce qu'on a appelé le constitut possessoire. Il nous est décrit par Celse (Digeste 41, 2 18); Ce que je possède en mon nom, je puis ensuite le posséder au nom d'un autre, et en effet, je ne cesse pas ici la cause de ma possession, mais je cesse de posséder et je fais un autre possesseur par mon propre ministère. Vous voyez ici comme nous allons loin, car, en effet, on ne peut pas à la fois posséder et posséder au nom d'un autre, et possède celui au nom duquel on possède. Voilà ce que nous dit Celse, par conséquent nous ne pouvons pas à la fois posséder pour nous et posséder pour un autre, si nous possérons au nom d'un autre, c'est l'autre qui possède, et par conséquent, si nous faisons une emption venditio, une vente, nous avons l'intention de transférer la chose entre les mains de l'acquéreur, et, par conséquent, nous cessons, par le fait même que nous voulons transférer la propriété, d'avoir l'intention de posséder pour nous, nous voulons posséder pour un autre et nous possérons pour le compte de l'autre.

Le constitut possessoire rend illusoire la remise matérielle de la possession

Dans ces conditions, toute espèce de transfert de propriété devient inutile et si on pousse ce principe jusqu'au bout, on arrive à supprimer la remise matérielle de la chose et on arrive pratiquement au système moderne d'aujourd'hui, il n'y a plus entre ce système romain et le système que nous avons aujourd'hui qu'une différence purement abstraite et nominale, une différence absolument insignifiante. Aujourd'hui, nous disons que c'est l'échange de volonté qui suffit à lui seul à constituer la propriété; en droit romain, nous disons que c'est l'échange de volonté qui suffit lui seul à changer la possession, et celui qui possède possédera maintenant pour le compte du vendeur. On voit comme on se rapproche du système français et qu'on arrive par une espèce de construction juridique, par une espèce de fiction de possession pour autrui à maintenir le principe qu'il faut une remise matérielle. La remise matérielle a cessé pratiquement, elle n'existe plus que par une fiction juridique.

Et alors, pour donner à ce principe une application pratique, il y a eu une constitution de Théodore et d'Honorius qui a décidé qu'on pourrait considérer une tradition comme parfaitement réalisée si le vendeur voulant faire la traditio se réservait à lui-même un usufruit de quelques jours: je vous fais une traditio

de tel fonds, mais je me réserve à moi l'usufruit de la même chose pendant quelque temps; à partir de ce moment, la remise en nue-propriété est réalisée, on ne conserve plus que l'usufruit, et si on conserve l'usufruit, on ne peut pas conserver cet usufruit en tant que véritable propriétaire, on ne peut plus le conserver que comme usufruitier qui détient l'usufruit d'une chose dont l'autre a la nue propriété, si bien que l'usufruitier apparaît ici un peu comme une sorte de délégué du nu-propriétaire et nous réalisons de la sorte quelque chose qui sera considéré comme une remise matérielle.

Il est évident qu'avec un système comme celui-là, pour arriver à dire qu'il y a encore remise matérielle, il faut des subtilités qu'on ne peut plus constuire, tout au moins qu'on ne peut plus construire le jour où l'usufruit est devenu une servitude, ce qui a été réalisé peut être très tard si bien qu'alors ici c'était peut-être beaucoup moins éloigné du principe que nous venons d'indiquer dans la constitution de Théodore que cela nous le paraît être maintenant à nous qui considérons l'usufruit comme une servitude véritable. Ici, il y a peut-être quelque chose d'assez peu différent, mais il y a tout de même là quelque chose qui va apparaître un jour, à l'époque de Justinien comme étant la preuve que la véritable remise matérielle a disparu, et ceci deviendra alors une pratique ravennique, et ceci deviendra une pratique médiévale, et à cette époque là, nous aurons l'idée évidemment que la traditio matérielle, que la remise matérielle a cessé d'être; par conséquent, nous aurons une nouvelle conception dans laquelle on pourra dire que la traditio est réalisée simplement par l'échange des volontés sans qu'il y ait eu besoin de remise matérielle.

L'idée selon laquelle le simple échange de volontés suffit à opérer tradition, a pénétré au Moyen Age pour des raisons fiscales

Cette idée a pénétré au Moyen Age, mais surtout d'une façon un peu particulière, pour des raisons, je dirai volontiers fiscales: pour entrer en possession d'un fief qu'on aliénait, il fallait l'investiture du seigneur, cette investiture coûtait, il y avait des droits de lods et vente, alors on a cherché à éviter d'avoir à payer ces droits de lods et vente, et dans la pratique parisienne, tout au moins, on a introduit dans les actes une clause de désaisine-saisine, le vendeur disait: je me désaisis et j'en saisine l'acquéreur. On disait cela dans l'acte notarié, et on s'est appuyé alors sur ces textes de droit romain que j'indiquais tout à l'heure, pour déclarer que cette désaisine-saisine simplement déclarée dans l'acte sans qu'il y ait eu véritable traditio de la chose et sans qu'on ait eu à faire intervenir la volonté du seigneur pouvait suffire à réaliser la vente. Nous arrivons

donc à une cession de domaine utile qui était réalisée par la volonté d'une des parties, en dehors peut-être de toute ensaisinement parce que pour cela il aurait fallu l'intervention du seigneur et il aurait fallu payer.

Cette pratique des XVème et XVIème siècles, de la coutume de Paris, est donc arrivée pratiquement à la suppression de la remise matérielle et à la réalisation du transfert de propriété uniquement par l'échange de volonté. Et puis ceci a été repris un peu après par des gens comme Grotius ou Pufendorff qui se sont appuyés sur un texte des *Institutes* de Justinien et qui, vous allez le voir, ne dit pas du tout ce qu'il lui ont fait dire: "Par la traditio aussi de droit naturel, nous acquérons les choses, rien en effet n'est aussi adéquate à l'équité naturelle que de tenir pour valable un transfert qui est conforme à la volonté du dominus et à la volonté de celui qui reçoit la chose, rien n'est aussi conforme que de considérer comme bien réalisé un transfert réalisé par la volonté de l'une et de l'autre partie. Et, par conséquent, quelle que soit la nature de la chose corporelle, on peut en faire la traditio et elle peut être livrée par le dominus". Ceci nous montre bien que même à l'époque de Justinien on considérait comme le plus normal la règle de la remise matérielle malgré les exceptions très rares dont j'ai parlé tout à l'heure; mais il y a, non pas désaccord entre la première et la deuxième partie du texte que je vous ai lu tout à l'heure, il se complète fort bien, on peut parfaitement nous dire qu'il n'y a rien de plus conforme à la nature, à l'équité naturelle que de dire qu'on doit considérer comme bien réalisé un transfert qui corresponde à la volonté du vendeur et de l'acquéreur, et par conséquent, nous devons considérer comme parfaitement bien réalisées toutes les traditio matérielles qui auront été faites par l'accord de ces deux individus. Voilà ce que dit le texte, il ne supprime pas la traditio matérielle.

Mais Pufendorff et Grotius ont isolé la première partie du texte, ils ont pris la seule première partie dans laquelle on dit qu'il est conforme à l'équité naturelle de tenir pour valable une chose qui a été transférée par la volonté concordante d'un vendeur et d'un acquéreur; ils ont pris uniquement cette partie du texte et ils ont dit: il est conforme à l'ordre naturel que le seul consensus, sans aucune tradition, réalise le transfert de propriété.

Alors ce texte de Grotius évidemment renforçait encore la position prise par la coutume parisienne, et ceci nous explique que malgré la résistance de certains vieux juristes, comme Pothier par exemple, qui était

Grotius considère la remise de la possession comme inutile:

le simple échan-de la coutume d'Orléans et non de celle de Paris, qui ge de volontés connaît bien son droit romain et avait lu le texte suffit. De là tout entier, il considérait toujours la remise matérielle comme indispensable. Mais il y avait une doctrine différente, et ceci vous explique le système du code civil en matière de vente.

de civil français, qui, aimant les choses abstraites et qui, aimant tous les textes dans lesquels il était encore question de cette espèce de droit naturel, ce qui sert à Rousseau, alors on comprend très bien que le code civil ait accepté la règle d'origine romaine tout de même, mais combien déformée, du transfert de propriété réalisé, par le seul consentement, et que nous soyons arrivés à la vente du droit français.

Le juste titre d'acquisition

On exige donc dans la tradition la remise matérielle en exigeant ensuite le juste titre. En effet, pour que la traditio puisse être opposable cependant à celui qui a fait la traditio, il faut évidemment un juste titre d'acquisition, par conséquent, il faut un acte synallagmatique, pas une justa causa, pas une derelictio pour la traditio; une derelictio peut suffire pour réaliser une usucapio, elle ne peut pas suffire pour réaliser une traditio, il faut un échange de volontés, il faut un acte synallagmatique régulier et valable, par conséquent un acte synallagmatique qui ne devrait être entaché d'aucune espèce de vice, d'erreur, etc... et il faudrait aussi une cause de transfert tout à fait régulière. Par conséquent, dans la pratique, les causes de transfert sont le pro empto, le pro donato, le pro dote, le pro legato, le pro solute et noxae deditio. Il vaut mieux insister sur chacun de ces points, nous avons toujours là une cause régulière de transfert synallagmatique de propriété.

Mais, si nous étions absolument dans le système synallagmatique, si dans la traditio il n'y avait pas d'usucapio, il faudrait que ce titre soit tout à fait régulier, et on ne devrait pas admettre l'erreur, non seulement l'erreur de droit, mais même l'erreur de fait; mais, vous savez parfaitement que la traditio peut être réalisée même lorsque ce juste titre présente quelques imperfections, vous savez qu'on a considéré qu'il était possible de réaliser la traditio lorsqu'il y avait juste titre et bonne foi, c'est-à-dire lorsqu'il y avait un titre régulier en droit, en apparence, et qu'on croyait que ce titre en apparence régulier était effectivement valable; vous avez par exemple acquis par une emptio venditio d'apparence régulière un bien de quelqu'un que vous croyez majeur et qui était en réalité un mineur; dans ce cas on considérera que vous pouvez tout de même acquérir la chose par traditio, si on considère ceci comme possible, c'est évidemment qu'on déborde un peu du système synallagmatique, c'est qu'il y a un peu une idée d'occupatio, d'usucapio et

La controverse
sur le titre
putatif

Le désaccord
sur le juste
titre

non pas une idée de pur transfert synallagmatique.

De plus, il y a une controverse pour savoir si le juste titre putatif pouvait suffire à transférer la mancipatio ou n'y suffisait pas. Le point a été controversé. Nous avons eu des réponses affirmatives à cette question de Pomponius et de Nératius (Digeste, 41, 10, 5), et alors les Institutes de Justinien ont répondu définitivement en disant: non, cela ne suffit pas (2, 6, 11). Il est évident que cette discussion montre que nous sortons de l'idée synallagmatique pour entrer dans l'idée d'usucapio, d'occupatio.

De plus, vous savez aussi qu'il y a un fameux texte du Digeste (41, 1, 36) qui nous dit: "Lorsqu'il y a eu traditio d'un corpus et qu'on n'était véritablement d'accord pour faire cette traditio... (je ne crois pas qu'on puisse considérer cette traditio comme inefficace). Si, en effet, je crois que je suis tenu en vertu d'un testament et que je fasse traditio du fonds, la propriété aura été transférée.

Ce texte a été interpolé, ceci a été montré dans un très bon article de M. Monier. Mais enfin, s'il a été interpolé, ce qu'il dit est tout de même la vérité pour l'époque de Justinien où on a tout de même considéré qu'on pouvait réaliser une traditio par la simple remise matérielle de la chose; même lorsqu'il n'y avait pas accord entre les parties sur la cause de cette traditio, sur le juste titre.

Il est évident que si on peut réaliser une traditio par remise matérielle, avec un pareil désaccord sur le juste titre, c'est que nous avons là un système qui tient dans une très large mesure à l'usucapio, et même de l'occupatio. Et si la doctrine de l'usucapio, considérée comme origine première et principale de la propriété, n'avait pas existé, on n'aurait pas pu accepter des solutions comme celles-là, on n'aurait pas pu accepter qu'il y ait eu transfert de propriété lorsqu'il n'y avait pas accord sur les causes de transfert, on aurait dit simplement: il y a eu malentendu, il n'y a rien eu de réalisé du tout, on n'aurait pas admis la bonne foi et on n'aurait pas non plus hésité à savoir si un titre putatif pouvait ou ne pouvait pas être une cause de transfert.

Par conséquent, il y a dans la traditio quelque chose qui domine le système véritable de la traditio; dans la pratique, dans la façon dont on appliquait la traditio, il entre de l'usucapio.

Il faut remarquer aussi que le jeu de la traditio a eu pour résultat d'étendre le champ de la propriété. La traditio qui a pour base l'usucapio ne pouvait évidemment, ex jure quiritium, exister que pour les fonds italiques et qu'entre citoyens romains il fallait une

Application de
la tradition
aux fonds pro-
vinoiaux et aux
périgrins

chose qui soit susceptible de propriété quiritaire, et il fallait, d'autre part, que les domini soient des gens ayant le jus commercii, des citoyens ou des Latins par conséquent, la traditio et l'usucapio ne pouvaient pas, en principe, s'appliquer aux fonds provinciaux, que ces fonds provinciaux soient des fonds occupatorii, c'est-à-dire des fonds appartenant à l'Etat romain et ensuite loués par l'Etat romain à des particuliers, ou bien qu'il s'agisse des terres des cités fédérées ou libérées, de ces cités dans lesquelles la propriété existait ex jure peregrino.

D'autre part, évidemment, cette traditio ne pouvait être utilisée par les périgrins, seulement vous savez parfaitement q'une grande partie du jus gentium a été réalisée grâce au jeu d'actions fictives ou d'actions utiles, grâce à l'extension à des choses qui ne pouvaient pas être susceptibles du jus quirium, ou a des individus qui n'avaient pas le jus commercii, par l'extension des règles ordinaires à des cas nouveaux, à des personnes nouvelles ou à des choses nouvelles, et alors vous savez que cette pratique de la fiction a été utilisée pour permettre d'étendre l'application pratique de l'action publicienne à des fonds provinciaux. Au lieu de dire simplement de juger comme si les délais d'usucapio étaient expirés, on disait au juge de juger comme si les délais étaient expirés et comme si le fonds était susceptible d'être usucapé. Par conséquent nous avons eu là une application pratique de la traditio à tous les fonds provinciaux, occupatorii ou fonds de cités.

Ensuite, il y a eu une autre fiction, on a dit au juge de juger comme si les parties au lieu d'être des périgrins étaient des citoyens romains. Nous avons donc eu l'extension du jeu de la publicienne à tous les membres de l'empire romain.

Après l'édit de Caracalla et l'extension de l'impôt aux fonds italiques il y a eu confusion entre les fonds provinciaux et italiennes

Ensuite, il y a eu l'Edit de Caracalla qui a donné le titre de citoyen romain à tous les habitants de l'empire; il y a eu extension ensuite des impôts aux fonds italiques, et alors il n'y a plus eu de différence entre les citoyens, plus de différence pratique non plus entre les différentes espèces de fonds, entre les fonds italiques et les autres fonds, si bien que le langage a fini par confondre tous ces fonds de terre, et on a fini par appeler tous ces fonds de terre provinciaux ou italiques des mêmes noms, et on a appelé le droit qu'on avait sur ces fonds proprietas ou dominium, tous ces termes-là devenant absolument synonymes.

Et puis alors, Justinien, dans le code (7,31,1) a décidé impérieusement qu'il fallait confondre les fonds provinciaux et les fonds italiques et qu'il fallait confondre la propriété sur tous ces fonds, et que

ce serait la même propriété qui existerait sur tous ces fonds, dominium, proprietas.

Il y a ensuite dans les Institutes de Justinien un texte (2, I, 40) dans lequel on expliquait aux étudiants que tous les fonds étaient soumis au même régime et qu'il ne fallait plus penser à cette distinction entre fonds provinciaux et italiens, que tous ces fonds étaient l'objet même de la proprietas dominium. Donc, une confusion de la propriété.

La traditio a donc une très grosse importance, qu'il était nécessaire de signaler parce que c'est d'elle que va dériver évidemment pour une très grande partie la conception classique de la propriété qu'il faut maintenant examiner.

La conception classique de la propriété

La conception classique de la propriété, et sa triple origine

Cette conception de la propriété résultera évidemment pour une part des précédents historiques; elle résultera aussi évidemment de la pratique nouvelle de la traditio, et par conséquent, on peut définir de la sorte la conception classique de la propriété. Cette conception classique de la propriété peut être étudiée en remarquant: 1°, qu'il y a une survie de la conception ancienne du dominium, de la potestas in re; 2°, que ce système de la propriété s'explique aussi par la pratique de la traditio; et 3°, qu'on a fini par considérer la propriété comme la conséquence d'une occupatio originaria, tous les propriétaires successifs étant simplement des délégués du premier occupant.

D'abord, il y a eu survie de la conception ancienne du dominium potestas in re; ceci est évident, il est inutile que j'insiste sur ce point qui dérive de toutes les explications antérieures: vous vous souvenez que la potestas a fini par ne plus avoir d'exercice que sur les choses susceptibles de propriété, mais qu'ici ce dominium s'est conservé, qu'il a subsisté, qu'il a même pris comme plus de force.

On sait, d'autre part, que la traditio a été considérée comme une conséquence de l'usufructio, or l'usufructio c'est en réalité l'exteriorisation de cette potestas in re, de cette puissance.

Enfin, il y a des arguments de textes: nous avons déjà donné, pour essayer de définir la conception classique de la propriété, un texte des Institutes (2,4,4) dans lequel il était question de l'usufructio, et dans lequel on nous disait: lorsque l'usufructio prend fin, il y a en quelque sorte retour à la propriété, et à partir de ce moment, le dominus de la nuda proprietas commence à avoir la plena potestas in re; par conséquent, dans ce système, on nous dit encore que l'es-

sence de la propriété c'est la potestas in re, on nous donne encore, par conséquent, une définition qui arrive à nous dire que l'essence de la propriété c'est le vieux dominium.

Nous pouvons être aussi brefs sur l'importance de la pratique de la traditio qui résulte de tout ce qui précède.

Comment la traditio n'aurait-elle pas joué un rôle important, puisqu'elle est devenue pratiquement le seul mode de transfert de la propriété, et puisqu'elle a été appliquée non seulement au jus italicum, mais encore à tous les fonds provinciaux ou à la propriété périgrine, puisqu'elle a eu pour résultat d'entraîner l'unification du régime de la propriété en droit romain.

Du reste, il y a eu, vous le savez, dans le droit de Justinien toute une réglementation de la propriété, tout un mode de transfert qui exige un consensus et qui exige une bonne foi, qui dérive ou entièrement, ou pour une part, du jeu de la traditio.

Enfin, il est certain que, une des deux caractéristiques de la proprietas dominium du droit classique, telle qu'elle ressort des définitions données au commencement de l'année, par exemple des définitions qui dérivent du texte des Institutes de Justinien (2,4, 4) nous avons vu qu'il y avait évidemment là un dominium, puisqu'il est question d'une potestas, mais nous avions en même temps dans ce texte l'idée que l'on devait arriver normalement à une plena potestas in re, que cette propriété avait donc un caractère matériel d'attaché très net avec un objet corporel.

De plus, nous avons insisté aussi sur le caractère exclusif de cette propriété. Ce caractère exclusif peut résulter du texte même que je vous ai indiqué, puisqu'on semble marquer dans ce texte que l'existence d'une servitude ou de toute espèce d'obstacle à la propriété la plus totale et la plus exclusive de la chose, apparaît comme contraire au génie même de cette conception de la propriété dominium.

Nous savons aussi quelles sont les définitions généralement données par les auteurs, par M. Cuq, en particulier, qui insiste sur le caractère exclusif du droit de propriété, le caractère à notre avis dérive du jeu de la traditio, beaucoup plutôt que de l'idée du dominium.

Voilà donc les deux facteurs qui nous ont donné la conception classique de la propriété, la survie du dominium, le jeu de la traditio.

Et alors, pour expliquer la propriété telle qu'elle apparaissait aux hommes de l'époque classique, ils ont eu recours à l'idée d'occupation. Pour eux, l'occu-

On explique la propriété par l'occupation

qui est considérée vraiment comme le mode originaire d'acquisition, auprès duquel tous les autres ne sont que dérivés

L'occupatio est considérée comme de jus gentium, comme conforme à la raison humaine

pation est le mode normal, originaire et naturel de constitution de la propriété; pour eux, il est conforme à la raison humaine, il est conforme à la pratique de tous les peuples que la propriété soit réalisée d'abord originairement par le fait que l'individu s'empare d'un bien qui jusque là n'avait pas encore été l'objet d'une appropriation, si bien que l'occupation devient le mode tout à fait normal de constitution de la propriété. C'est là une idée exprimée chez les jurisconsultes de l'époque classique déjà, et qui est reprise par Justinien. Voici en quels termes s'exprime Gaius au Digeste (41, 1, 1): "De la manière d'acquérir le dominium des choses. Pour certaines choses, le dominium procède du droit des gens, c'est-à-dire de la raison naturelle qui est conservée chez tous les hommes. D'autres droits sur les choses naissent du jus civile, c'est-à-dire du droit propre à notre cité, et parce que le jus gentium est plus ancien, et qu'il est né en même temps que le genre humain lui-même, il est nécessaire qu'on parle d'abord de celui-là".

Ce commencement de définition est à remarquer: il y a des choses qu'on acquiert par le jus gentium, d'autres qu'on acquiert par le droit de la cité. Le jus gentium est le cri spontané de la raison humaine, c'est le plus ancien, né en même temps que la société humaine. Par conséquent, ce que l'on va nous placer comme conforme au jus gentium, c'est un mode d'acquisition qu'on va considérer comme aussi ancien que la société humaine, comme quelque chose de conforme à la raison humaine et qui naît spontanément du jeu de cette raison humaine. Et ce qui va se créer c'est l'occupatio

Voici, en effet, la phrase qui suit: "Par conséquent, tous les animaux qui peuvent être l'objet d'une occupation dans la terre, dans la mer ou dans les cieux tous ces animaux, ou oiseaux, ou poissons sauvages deviennent la propriété de ceux qui les prennent".

Voilà donc la doctrine de l'occupation qui nous est présentée, sous cette forme particulièrement importante.

Cette phrase de Gaius est paraphrasée par les Institutes de Justinien (2, I, II et 12), et Justinien explique à nouveau, comme Gaius que l'occupatio est le mode originaire, est le mode qui est, dans l'être ontologique, de créer la propriété.

Il y a encore un autre texte de Gaius aux Institutes (2, 66) qui exprime la même idée, par conséquent, cette idée, elle est générale chez les auteurs Romains

Il y a plus: si on se reporte au texte de Gaius du Digeste indiqué plus haut, on voit que la phrase

citée tout à l'heure est la première phrase du titre relatif au mode d'acquisition de la propriété; par conséquent, il y a même dans l'emplacement du texte une indication sur l'importance qu'on y attache, on le considère bien comme le mode origininaire d'acquisition de la propriété, si bien que tous les autres modes d'acquisition de la propriété ne sont plus que comme des occupations dérivés.

Et il y a aussi des textes qui insistent pour indiquer que si maintenant l'application de l'occupation n'est plus très fréquente et si on est obligé d'aller chercher des exemples assez éloignés de biens appartenant à des ennemis sur le territoire de la République (l'Etat), s'il faut aller chercher des animaux sauvages ou des îles qui apparaissent dans la mer, si l'application est devenue rare, elle l'est devenue parce que presque tout a été accaparé, mais, néanmoins, chez ces auteurs, doctrinalement, l'occupatio apparaît comme quelque chose de très important.

Il y a encore à ce point de vue un autre texte qu'on pourrait citer de Gaius aux Institutes (4, 16 in fine) où il est question de l'occupatio et de la festuca et il ajoute ceci: "la festuca était utilisée au lieu de la lance, pour signifier la lance qui était autrefois en quelque sorte le signe du jus dominii. C'est qu'en effet, les anciens croyaient que les choses que l'on prenait aux ennemis étaient les siennes plus que toutes les autres, et que rien ne pouvait être une propriété aussi pleine que celle de l'occupation des biens des ennemis".

Voilà une idée exprimée par Gaius. Cette idée, comme du reste l'idée précédente du caractère ancien et origininaire de l'occupatio est une erreur historique. Ceci n'est pas douteux. Il est bien certain, en effet, que par exemple, pour les biens conquis sur l'ennemi, il n'était pas possible à une époque très ancienne, qu'il y eut occupatio, au moins courante des biens pris aux ennemis, puisque lorsqu'il s'agissait des choses mobilières, le butin était partagé par le général, et que surtout lorsqu'il s'agissait des terres, ces terres devenaient la propriété de l'Etat et étaient ensuite louées aux particuliers qui n'en avaient pas la propriété. Par conséquent, historiquement, ce n'est pas vrai. Historiquement les terres devenaient la propriété de l'Etat et non pas des particuliers.

De plus, il y a un texte du Digeste (41, 7, 2) qui se demande comment on devient propriétaire d'une res derelicta: est-ce que l'on en devient propriétaire par occupatio, par traditio, par usucapio, par traditio de très longue main ou par usucapio ? On se pose la ques-

tion, et la conclusion pour tous les auteurs est que jamais il n'a été possible d'acquérir les res mancipi par occupatio, il a toujours fallu une usucapio et même une traditio, et on sait que la traditio ne produisait son effet que lorsqu'il y avait eu transfert.

D'autre part, il semble bien que l'usucapio des res derelictae, n'ait pas été admise à l'époque classique d'une façon générale.

Historiquement on ne peut justifié la propriété par l'occupation

Quoi qu'il en soit, il y a là une question qui est controversée, mais il y a un point qui lui, ne l'est pas, c'est que anciennement, l'usucapio ne pouvait pas faire obtenir la propriété des res mancipi qui avaient fait l'objet d'une derelictio, par conséquent, à une époque un peu ancienne, et encore à l'époque classique, il était impossible d'obtenir par l'occupatio la propriété des choses les plus importantes. C'est dire que l'occupatio n'est pas un mode très ancien d'acquisition de la propriété, c'est dire qu'il a fallu forcer la réalité institutionnelle, qu'il a fallu déformer la tradition pour faire pénétrer cette doctrine de l'occupatio.

Le fait que cette doctrine de l'occupatio est historiquement fausse, le fait que cette doctrine de l'occupatio ne cadre même pas parfaitement avec certaines institutions de l'époque classique, montre bien que cette doctrine a dû être forgée à une époque assez tardive, qu'elle a dû être forgée par des auteurs qui ont voulu rendre compte d'une certaine construction et d'une certaine conception qui est apparue à une époque historiquement tardive. Et, par conséquent, on peut considérer que le fait que l'occupatio n'est pas ancienne renforce que nous avons dit sur l'importance de cette occupatio pour expliquer la doctrine tardive et pour montrer l'évolution subie par cette idée de la propriété.

La doctrine de la propriété dérivant de l'occupation s'adapte au concept classique de la propriété

Il est évident, en effet, qu'avec ce système de l'occupatio, cette doctrine de l'occupatio, on arrive à rendre compte de tous les caractères de la propriété à l'époque classique, on arrive à expliquer très bien le caractère matériel, le caractère tangible du droit de propriété. On arrive aussi à expliquer le caractère très exclusif de cette propriété, de cette plena potestas in re avec l'idée d'occupatio qui ne tolère plus les autres droits réels.

On arrive aussi avec elle à expliquer que nous ayions une propriété qui soit devenue unique pour toutes les catégories de terre, provinciales ou italiennes, avec l'idée d'occupatio, cela va très bien, c'est un mode naturel et original d'acquisition de la propriété.

Enfin, la plena potestas in re, la pleine puissance

le dominium, le vieux concept du dominium peut encore parfaitement trouver sa place dans ce système de l'occupatio. Il y a encore là la possibilité d'exercer cette espèce de souveraineté et d'omnipotence qui s'exerce ici sur une chose.

Par conséquent, cette doctrine de l'occupatio nous rend compte de tous les caractères de la propriété classique, et en même temps c'est une doctrine récente, et elle est donc bien la meilleure façon de se rendre compte de l'idée qu'on a pu se faire de la propriété le jour où on a eu à fondre les conséquences de la pratique de la traditio avec la vieille idée du dominium ex jure quiritum.

C'est tout ce que nous dirons sur cette doctrine qui s'explique plus parfaitement par les explications antérieures.

Reste à parler d'une seule chose, à savoir ce que l'on peut appeler les tenures qui ont existé à la fin de l'époque classique et dans le droit de Justinien.

Les tenures

Difficultés pour concilier le concept absolu du dominium et l'existence des tenures

Il est évident qu'avec la construction à laquelle les Romains étaient arrivés, qu'avec en particulier cette idée de l'occupatio, il devenait extrêmement difficile d'avoir sur une chose deux droits réels, surtout deux droits réels étendus, et du reste, je vous l'ai déjà fait remarquer, certains juristes anciens et tous les commentateurs récents ont quelque peine à expliquer la coexistence de ce concept de la propriété et même des servitudes les plus ordinaires. Mais alors où la question devenait très délicate, c'est lorsqu'il s'agissait de concilier ce concept de la propriété avec l'existence de tenures dans le sens un peu médiéval du mot, c'est-à-dire avec l'existence de droits qui pouvaient durer pendant très longtemps, de droits qui pouvaient même être cédés ou aliénés, et de droits qui ainsi prenaient une consistance très difficilement conciliable avec le principe du dominium.

Or, l'existence de pareilles tenures étaient quelque chose d'absolument inévitable; il y avait, en effet, dans l'empire romain, de très grands domaines appartenant à l'Etat, ou même de très grands domaines appartenant à des particuliers riches qui étaient très souvent propriétaires de plusieurs grands domaines, se trouvant dans des pays très différents; il était donc indispensable d'assurer l'exploitation de ces grands domaines d'Etat ou privés, et pour cela il était impossible de songer à une exploitation directe par l'intermédiaire d'esclaves, il fallait évidemment avoir un entrepreneur, dans le sens économique du mot, mais cet

entrepreneur ne pouvait véritablement s'intéresser à l'entreprise et en attendre des profits que s'il avait sur elle un droit stable, un droit aliénable, un droit transmissible à des héritiers, un droit lui permettant même d'obtenir des crédits par des hypothèques, par exemple.

Vous voyez, il y avait là une nécessité économique, de sorte que les exigences économiques allaient contre cette conception de la propriété, et il y avait là une difficulté très grande pour les juristes, et cette difficulté, il faut le dire, ils ne sont pas arrivés doctrinalement à la vaincre, si bien que nous avons ici une partie du droit romain qu'on n'arrive pas à construire logiquement, mais elle a eu une très grosse importance historique, parce que c'est précisément de cette partie du droit romain inconstruisible, peut-on dire, que devait sortir toute la doctrine des glossateurs, pour essayer de donner un habit romain aux tenures féodales, ils ont donc été cherché cet habit romain, si j'ose dire, dans le défaut de cet habit romain, dans la partie romaine qui n'allait plus avec le génie, avec l'esprit du droit romain.

Le droit de superficie

Il y a eu trois espèces principales de tenures: il y a eu d'abord les superficies. La superficie est née d'une nécessité économique bien simple que voici: les cités étaient propriétaires du sol de leur territoire, et il devenait indispensable, évidemment, avec l'agrandissement des villes, de construire sur ces terrains. Il y a donc eu là un conflit entre là nécessité de construire et de laisser construire par des entreprises privées, d'une part, et d'autre part, le principe que le sol était la propriété d'une cité, ou de l'Etat, ou d'un particulier.

Il y a eu ensuite la conductio agri vectigalis qui était devenu un jus perpetuum. Ce sont des locations de terres, de domaines fonciers qui ont été faites à des entrepreneurs par l'Etat ou par des cités, ou par des particuliers, seulement on a été obligé de leur concéder un droit très étendu et alors nous avons là une difficulté doctrinale.

Il y a eu ensuite l'emphytéose qui résulte de la nécessité économique de faire défricher les terres incultes et de concéder à celui qui les défriche un droit étendu et durable pour que cela vaille pour lui la peine de faire ce défrichement.

Voilà donc les trois catégories de tenures dont je vais vous dire quelques mots: superficie, jus perpetuum ou conductor agri vectigalis, et emphytéose.

La Superficie .-

C'est l'étude de ce problème juridique qui résulte

du fait que les cités et plus tard les particuliers ont laissé construire sur leur sol, sur le sol dont elles étaient propriétaires.

En droit absolument abstrait, qui ne songe pas aux contingences économiques, donc un droit qu'il ne faut jamais construire, dans ce droit là, c'est très simple: la propriété du fonds emporte la propriété de la surface. Pourquoi ? Deux explications doctrinales ont été proposées: la doctrine de l'occupation, la doctrine de l'accroissement, les deux ont été soutenues; sans insister bornons-nous à dire que sur ce point, la propriété du fonds emporte la propriété de la surface. Il y a un nombre considérable de textes qui ne permettent aucune espèce de doute, sinon sur la légitimation de la doctrine, du moins sur l'existence de cette doctrine et on connaît du reste la théorie de l'accroissement. Il y a aussi cette formule qui revient très souvent: superficies solo cedit. Cela est une doctrine qui a été exprimée, par exemple, par Labeo, Ulpien, Gaius et qui semble avoir été comme une de ces maximes qui couraient dans le droit.

Nous avons d'abord eu des superficies du droit public, c'est-à-dire que nous avons commencé par avoir des locations qui ont été faites par les cités qui semblent bien avoir eu le caractère que j'indique, le caractère de location, c'est-à-dire de contrat d'obligations personnelles.

Du reste, pour ces locations de droit public, il se trouve que nous avons conservé deux inscriptions, une de Pouzzoles, une à la colonne Antonine qui nous parlent toutes les deux de ces superficies et nous montrent que tous les ans le locataire devait payer un solarium, c'est-à-dire certaines sommes d'argent, et qui nous montrent aussi que le locataire pouvait céder son droit de location, qu'il pouvait l'aliéner.

Il y a eu alors un interdit prohibitif à caractère administratif qui est intervenu pour donner une sanction à ce droit du locataire. Seulement, cet interdit prohibitif a pu intervenir très aisément en matière administrative sans avoir à trancher le fond, sans avoir à essayer d'étudier quelle était la nature du droit du superficiaire simplement par voie d'interdiction de défense, je défends de faire telle chose. Et cet interdit disait qu'il défendait de faire quelque construction que ce soit, de faire quelque dommage que ce soit, et de pénétrer de quelque façon que ce soit sur le domaine public, et il ajoutait que, par conséquent, il interdirait toute modification à la loi, aux décrets, aux règlements d'ordre administratif qui fixent la nature de la location que peut avoir un particulier.

Le superficiaire peut aliéner son droit

Interdit de caractère administratif empêchant de troubler le superficiaire

On voit le procédé: défense de construire, défense de pénétrer sur le sol, défense de modifier les termes ou les conclusions, les conséquences du décret qui vous a donné le droit de location, le droit de superficie. Donc, défense de construire plus que ce qui a été autorisé par la location, mais défense aussi de troubler celui qui tient en vertu de cette loi de location. Sous cette forme prohibitive, on arrive en réalité à défendre de faire plus que la loi de location, mais à défendre aussi de troubler celui qui détient en vertu de cette loi de location. Et grâce à cette forme prohibitive, grâce à cette forme administrative, il était permis aussi de défendre de troubler celui qui avait acquis, soit par testament, soit par succession, soit par donation, soit par aliénation à titre onéreux ou à titre gratuit le droit de location. Par conséquent, nous avions ici un procédé administratif qui permettait, sans essayer de déterminer la nature de ce droit du locataire, qui permettait de le protéger.

Seulement, lorsque la conductio agri vectigalis a été étendue aux particuliers et lorsque les particuliers ont eu, eux aussi, recours à ce mode d'exploitation, lorsque les particuliers, eux aussi, ont autorisé d'autres particuliers à construire sur leur fonds, on n'a plus pu se servir de ces procédés d'ordre administratif, il a fallu avoir recours à des systèmes de droit privé, et il a fallu essayer avec les moyens du droit privé de calquer les conséquences de ce qu'on pouvait réaliser, sans trancher une question de droit pour le système du droit public. Et alors, on a eu recours à un interdit possessoire qui est indiqué au Digeste (43, 18, 1, prologue): J'empêcherai de faire violence contre la possession d'après la loi de location, contre l'usage d'après la loi de location, de façon à empêcher que la superficie au sujet de laquelle il est question, ne soit troublée dans la façon dont elle était possédée, nec vi, nec clam, nec precario" vous l'avez possédée de telle façon, j'empêcherai qu'à l'avenir on vous empêche de la posséder nec vi, nec clam, nec precario, de cette façon.

Avec cet interdit, nous arrivions encore à tourner la difficulté, nous arrivions à avoir ici un interdit dans lequel on disait: nous protégerons celui qui possède nec vi, nec clam, nec precario contre toute violence, mais ceci va jouer dans l'hypothèse où il y a une tentative de violence, par conséquent nous aurons ici en réalité un conflit entre deux individus, un individu qui aura pris la chose par violence et un autre qui prétendait l'avoir antérieurement, nec vi, nec clam, par conséquent, nous n'avons pas ici un véri-

table possesseur, nous évitons cette difficulté, nous avons comme deux demandeurs, nous ne prenons pas l'apparence d'un droit réel trop net.

De plus on protégera celui qui jouit ex lege locationis, nous respectons bien donc l'idée d'une lex locationis et nous ne prétendons pas à donner un droit réel.

Et enfin, on protège nec vi, nec clam, nec preca-
rio sans se préoccuper du fonds, par conséquent, nous avons ici un mode de protection qui ne cherche pas à déterminer la nature du droit qu'il protège et qui permet par conséquent, d'éviter si vous voulez, la difficulté qu'il y aurait eu à faire entrer dans une certaine étiquette juridique ce droit du superficiaire.

Pour protéger les actes de dispositions du superficiaire, le prêteur permet des actions.

Seulement, il était indispensable, non seulement de protéger la possession dans son sens le plus large du superficiaire, mais il fallait encore lui permettre de pouvoir vendre, de pouvoir aliéner son droit, de pouvoir réclamer son droit contre le propriétaire lui-même si le propriétaire le troubloit, il fallait lui permettre toutes cette exploitation qui, pratiquement, arrivait à quelque chose de très voisin de la propriété. Naturellement on n'aurait pas donné une protection suffisante à ce locataire de longue durée si on n'avait pas protégé aussi les opérations sur lesquelles il aurait voulu aliéner son droit, céder son droit à ses héritiers, etc...

Par conséquent, il était nécessaire de lui accorder toute une série d'actions in factum, d'actions calquées sur les actions confessoires, négatoires, d'actions calquées sur la publicienne, toutes les actions possibles et imaginables, et le texte ajoute: "Je donnerai une action cognita causâ", et il semble bien, en effet, que nous ayons eu tout un développement d'actions qui ont été créées pour rendre possibles toutes ces alienations et toutes ces dispositions du droit du locataire, mais le jour où on a créé ces actions, tout de même pratiquement, (je ne dis pas doctrinalement) quelle différence existait-il entre ce titulaire du droit de superficie et du droit de propriété ? Le superficiaire va avoir finalement un droit qui sera pratiquement quelque chose de tout à fait comparable au droit de propriété, et alors on va chercher à expliquer l'existence de cette quasi-propriété prétorienne, on va essayer de dire de quelle nature elle est, et ici les auteurs seront terriblement embarrassés et nos textes apparaîtront contradictoires, nous n'aurons plus d'explication lorsqu'on voudra faire rentrer la superficie dans une certaine catégorie, on n'y parviendra plus.

Il se passe là le phénomène qui se passe tous

Une action in rem est donnée par Justinien pour réclamer la superficie

Il peut y avoir tradition de la superficie

Utilisation de ces textes au Moyen Age

La conductio agri vectigalis d'abord conclue pour 5 ans, est devenue perpétuelle

les jours avec le droit civil. Nous avons sans cesse des lois nouvelles en droit civil et tous les auteurs essayent, bon gré, mal gré, de faire entrer ces lois dans un des types de notre code civil. Des auteurs qui vous disent: - c'est ceci....., d'autres qui vous disent: - c'est cela....., et quant à quinze siècles de distance on essaye de comprendre, on ne comprend plus du tout et tout le monde est dérouté, et on nous dit qu'il y a un texte qui dit c'est un usufruit ou une servitude, cela ne veut pas dire que c'était un usufruit ou une servitude, cela veut dire que l'auteur a essayé de l'étiqueter comme cela. Nous avons aussi un texte qui nous parle d'une action in rem (D. 43, 18, 1, 3). On dit qu'il est interpolé. Certes, mais alors c'est tout de même Justinien qui l'a admis, il faut tout de même l'expliquer chez Justinien: on arrive à reculer la difficulté d'un siècle ou deux, mais on la maintient.

Un autre texte parle de traditio (Digeste, 18, 1, 17): "Et il faut comprendre qu'il peut y avoir traditio de la superficie de façon à ce qu'on puisse la léguer et la donner". Traditio, cela indiquerait donc un dominium, un droit réel.

Evidemment tous ces textes sont fort embarrassants et avec eux on ne peut plus arriver à construire la doctrine de la superficie.

En réalité, il est impossible, en effet, de construire une doctrine de la superficie, mais cela n'empêche pas l'importance que des textes comme ceux-là ont pu présenter pour les hommes du Moyen Age lorsqu'ils ont eu à construire la doctrine du domaine direct et du domaine utile. De texte, peut-être exceptionnels, peut-être interpolés, ils ont pu tirer des arguments, ils y ont trouvé des expressions qui leur permettaient de dire qu'ici il y avait un dominium du superficiaire. Comme il y avait, d'autre part, très certainement un dominium de la cité ou du particulier qui donnait en superficie, nous arrivions à avoir, semble-t-il, deux dominia, d'où possibilité de s'en tirer pour expliquer à la romaine le système féodal.

La conductio agri vectigalis.- (appelée plus tard le jus perpetuum).

Il y avait des terres qui appartenaient à des cités ou à des confréries religieuses et qui avaient besoin d'être exploitées, et alors ces terres ont été louées probablement à l'origine pour la durée d'un lustre, c'est-à-dire cinq ans. C'est du reste encore ce délai de cinq ans qui est prévu dans une lex Julia de

l'an 710, puis ensuite, plus tard, l'empereur a confisqué toutes ces terres appartenant aux cités ou aux confréries religieuses pour les faire rentrer dans la res privata et alors nous avons ici eu un domaine plus étendu puisque nous avions toutes les terres de l'empereur au titre de la res privata qui faisait l'objet de cette conductio agri vectigalis.

On a assez vite pratiqué des locations de durée plus longue que ces cinq ans, c'est ainsi que nous avons une quittance de Pompei de 53 dans laquelle on parle de redevances qui sont payées au titre d'une location, qui sont payées pour le père et le grand-père, ce qui semblerait indiquer que nous étions en présence d'un droit de longue durée.

Puis, on parle comme d'une chose normale de la conductio agri vectigalis d'une durée de cent ans, et puis enfin nous avons des textes classiques, par exemple de Gaius ou de Paul, qui ceux-là représentent la conductio agri vectigalis comme un jus perpetuum, et qui nous disent que ce droit sera perpétuel à la condition que perpétuellement on paye le prix de la location.

Pour connaître la nature de cette conductio, le plus simple est de lire deux textes, une constitution de Théodose et de Valentinien (an 400) qui se trouve au Code (II,7,1,5,4) et un texte de Paul au Digeste (6,3)

Constitution de Théodose et de Valentinien: "Qu'il soit protégé par un droit perpétuel en vertu de la stabilité du contrat de droit public celui qui est perpétuarius par la force d'un contrat de droit public et que l'on comprenne que cette chose ne pourra lui être retirée ni à lui ni à ses descendants, ni à ceux auxquels cette chose sera parvenue, soit par succession, soit par donation, soit par vente, soit par quelque autre titre, et qu'on ne pourra pas même la retirer à ceux auxquels elle pourra parvenir ultérieurement".

Voilà donc un texte qui nous dit que la conductio est devenue une jus perpetuum, on le conservera indéfiniment, à la condition, ajoute le texte suivant, de payer indéfiniment le vectigal.

On nous dit aussi qu'à cette condition, on sera toujours assuré de le conserver, non seulement pour soi, mais pour ses héritiers, mais encore pour les personnes auxquelles la terre vectigale pourra parvenir par succession, par donation, par vente ou par quelque autre titre que ce soit.

Nous avons donc là la preuve que nous avons un droit perpétuel, un droit aliénable, un droit transmissible, par succession, etc... donc un droit très étendu

On peut transmettre le jus perpetuum

D'autre part, ce droit est tout de même un droit qui n'est pas un droit réel, qui est même un contrat de droit public, car en effet, nous l'aurons fermé par contractu publice, par la valeur d'un contrat public. Un contrat, ce n'est pas un transfert de propriété.

Nous avons ici quelque chose qui a un peu l'allure d'une sorte de concession faite par l'Etat, quelque chose qu'on pourrait un peu comparer à cette concession d'entreprise du droit des Soviets dont nous avons parlé.

Voici d'autre part, le texte qui va devenir embarrassant, celui-ci, le texte de Paul, Paul nous dit "Si l'ager vectigalis, c'est-à-dire la terre emphytéotique (ceci est une interpolation qui date de l'époque où on a confondu la conductio agri vectigalis avec l'emphytéose) : "Les terres des cités, dit Paul, sont appelées, les unes vectigales, celles qui sont louées à perpétuité, c'est-à-dire à cette condition que, aussi longtemps qu'on paiera le vectigal, aussi longtemps on conservera la location, et que ce droit ne pourra pas être retiré aux ayants cause des premiers locataires. Ne sont pas des vectigales les locations de courte durée. Ceux qui ont reçu un vectigal un fonds à perpétuité pour le cultiver, quoiqu'ils ne parviennent pas au dominium, quoiqu'ils ne deviennent pas domini, cependant il convient de leur accorder une action in rem, non seulement contre le tiers possesseur, mais même contre les municipes, contre les cités qui ont fait la location".

Nous avons donc ici un texte qui devient plus délicat, un texte qui nous dit très nettement qu'il s'agit d'une location, qui nous dit qu'on ne devient pas dominus et qui ajoute que cependant on aura une action in rem. Voilà où est la difficulté: il y a ici une action in rem. Alors quelle est la nature de cette action in rem ? Ici, naturellement, il y a eu des controverses. D'une façon générale, les auteurs considèrent qu'il s'agit d'une action qui n'est pas une action in jus, mais qui est une action in factum. Et voici comment on propose de reconstituer la formule de cette action utile calquée sur l'action in rem et qui aurait été donnée au locataire de la terre vectigale: "Si patet Aulum Agerium, s'il apparaît qu'Aulus Agerius a loué en location perpétuelle le fonds dont il s'agit à la municipalité de tel nom et que ce fonds ne lui soit pas restitué, arbitratu tuo, condamne alors à autant de sommes d'argent que cela vaut juge, s.n.p.a. Voilà quelle est la formule.

C'est une action in factum. Si nous avions une action in rem, la formule de l'action serait ceci: "Voyez si la chose dont il s'agit est le dominium ex

jure quiritium de Un Tel et que arbitratu tuo, on ne fasse pas la restitution".

La différence entre les deux formules est nette: Dans la formule de l'action in rem, nous avons l'affirmation de l'existence d'un dominium ex jure quiritium, dans cette formule in factum nous avons une protection qui pratiquement arrive exactement au même résultat, mais qui ne précise pas la nature du droit et qui, par conséquent, ne dit pas si nous sommes en présence d'un dominium ou si nous sommes en présence d'une obligation personnelle, cela ne précise par la nature, et il semble bien que toutes les actions qui ont pu être accordées pour rendre possible l'aliénation en la transmission entre-vifs, ou à cause de mort, ou la constitution d'hypothèque ou de droits réels de toute nature, il semble, donc, que tous ces droits aient été protégés eux-mêmes par des actions in factum.

On hésite pour savoir s'il y a vente ou location si le jus perpetuum est, ou non, un dominium

Il semble donc bien que dans la pensée des prêteurs on ne se soit pas préoccupé de donner une étiquette juridique à l'institution. Mais les textes des juristes sont intervenus, ils ont essayé de déterminer quelle était la nature de ce droit, et alors ici nous avons eu des constructions assez diverses, dans lesquelles on précise qu'il n'y a pas de dominium, mais qu'il y a cependant une action réelle. Il y a d'autre part des textes qui s'expriment autrement: un texte de Constantin et de Théodore (rescrit au Code XI, 66, I) parle de "dominii perpetui". On voit les contradictions de ces deux textes, l'un dit qu'il n'y a pas dominium mais qu'il y a action in rem, l'autre dit qu'il y a dominium, lequel est le vrai, lequel est le faux ? Probablement aucun des deux n'est vrai et aucun des deux n'est faux, nous avons ici un effort pour faire rentrer dans une catégorie quelque chose qui ne rentrait dans aucune espèce de catégorie.

Il y a encore un texte de Gaius aux Institutes (3, 145) dans lequel il dit: "On se demande quelle est la nature de ce jus perpetuum, est-ce une locatio, est-ce une emptio venditio ? Moi, je crois qu'il vaut mieux dire que c'est une locatio, mais enfin, il y a controverse".

S'il y a controverse, remarquez que ceci encore indique tout de même vraisemblablement qu'on n'était pas très d'accord sur la nature de ce jus perpetuum, si on en fait une vente, normalement dans la vente on a comme devoir de remettre la propriété de la chose qu'on vend. Cela n'est pas absolu dans tous les cas, il y a en effet quelques textes qui nous semblent bien dire qu'il peut y avoir vente sans qu'il y ait d'obligation formelle de transférer la propriété, mais simplement obligation de transmettre un rem habere licere

Par conséquent, ce n'est pas l'aveu très net qu'on y voit un dominium. Tout de même il me semble bien que s'il y a controverse c'est parce que certains auteurs y voyaient un dominium et d'autres non.

Ici encore nous avons donc une question très délicate. Ici encore la nature de ce droit n'a pas été précisée; certains textes ont entendu en faire un dominium, et par conséquent, en donnant un petit coup de pouce, les glossateurs pouvaient facilement ainsi encore trouver un nouveau domaine utile qui pouvait les aider à faire leur construction à la romaine des tenures féodales.

Reste maintenant à dire quelques mots de la dernière des trois tenures, de l'emphytéose.

Origine mal connue de l'emphytéose

L'emphytéose . -

L'origine de l'emphytéose est assez obscure. Il est certain que sur cette matière sont intervenues deux lois, la lex Manciana et la lex Hadriana. Ces lois devaient avoir certains dispositifs qui concernaient la mise en culture des terres en friche, qu'on devait louer en emphytéose, et d'autres dispositif cherchaient à préciser quels étaient les droits des colons qui défrichaient ces terres.

Ces colons devaient avoir une sorte de droit transmissible et aliénable sur l'usufruit de la terre qu'ils avaient défrichée. Mais cet usufruit, ils ne le possédaient qu'à la condition d'avoir d'abord défriché; ensuite, à la condition de payer tous les ans un canon, c'est-à-dire une certaine redevance fixe, et enfin à la condition de continuer à cultiver cette terre; si'ils la laissaient retomber en friche, ils perdaient immédiatement le droit emphytéotique qu'ils auraient pu posséder d'abord.

Ce système de concession était appliqué aux villas impériales, et nous avons un certain nombre d'inscriptions, trois inscriptions qui sont reproduites dans les textes de droit romain de Giard (P. 736 et suivantes), trois inscriptions qui, toutes les trois, prouvent l'existence de concessions emphytéotiques dans des terres d'Afrique, dans des villas impériales d'Afrique.

Plus tard, lorsque l'empereur a confisqué et a fait entrer dans la res privata les biens qui pouvaient appartenir à des cités ou à des temples, on a étendu aux terres louées par ces cités ou par ces temples le système du bail emphytéotique.

Ensuite, des particuliers, grands propriétaires ont également concédé en emphytéose des terres leur appartenant et qu'ils voulaient faire défricher.

Finalement, pour des raisons d'ordre fiscal, les constitutions impériales ont ordonné de cultiver toutes les terres en friche, que ces terres appartenaient à

Confusion entre l'emphytéose et le jus personum

l'empereur ou à des particuliers, et on a obligé les voisins de ces terres ou les décurions à cultiver les terres en friche, si bien qu'à partir de ce moment-là; le bail emphytéotique a perdu son originalité et il n'y a plus eu pratiquement de différence entre les baux emphytéotiques ou le jus perpetuum ou la conductio agri vectigalis dont je parlais dans la dernière leçon, si bien qu'une confusion a fini par se produire entre toutes ces institutions, entre la conductio agri vectigalis et l'emphytéose, entre l'emphytéose du droit public et l'emphytéose du droit privé.

Seulement nous avons au Digeste ou dans des inscriptions des textes qui sont relatifs aux emphytéeses du droit public et à ceux du droit privé, et par conséquent il y a ici une certaine difficulté d'interprétation, il est en particulier assez malaisé de savoir comment étaient protégés les droits du locataire emphytéotique, et ces droits de concession, d'aliénation, et de transmission, de son droit au bail. Certains textes semblent faire allusion à des procédés de protection de caractère administratif; d'autres textes semblent parler d'actions utiles, si bien qu'il y a là une question qui serait assez difficile à débrouiller.

Il y a eu, d'autre part, une autre cause de difficulté, c'est qu'il a existé pour l'emphytéose du droit public deux types de concessions d'emphytéose: un type de concession par location, et un type de concession par vente.

Il y a d'abord eu des locations emphytéotiques, l'autorité impériale a loué des terres à défricher, et pour les louer à employé le système de la mise aux enchères: l'empereur louait à l'entrepreneur qui offrait le prix de location annuelle le plus élevé pour le terrain à défricher, et c'est à celui-là qu'on concédait le bail emphytéotique, mais on ne lui faisait payer aucune espèce de droit lorsqu'il prenait possession du terrain, il n'avait pas à payer une espèce de prix de vente, il avait simplement à prendre l'engagement de payer une sorte de prix de loyer; ce prix de loyer, il ne le devait qu'au bout d'un certain temps, lorsque le territoire avait été défriché. Il obtenait en vertu de cette location une concession qu'il pouvait ensuite aliéner à titre onéreux ou gratuit et qu'il pouvait également transmettre à des héritiers; mais il perdait bien entendu son droit au bail emphytéotique s'il cessait de cultiver, s'il "déguerpissait" pour employer une expression médiévale.

Inconvénients
du bail emphy-
téotique

Ce système présentait un inconvénient, c'est que si le locataire déguerpissait on n'avait aucune espèce de recours contre lui, il pouvait s'en aller, et par conséquent, il fallait trouver un nouveau locataire.

L'inconvénient n'était peut-être pas très grave, car en réalité, à déguerpir il y avait quelque inconvenient: le locataire augmentait la valeur du terrain en le cultivant et le défrichant, le risque de déguerpissement n'était donc pas très gros, mais tout de même il existait, on a donc eu recours à un deuxième procédé la vente.

Aliénation du droit de l'emphytéose

Dans cette vente, il n'y avait plus de mise aux enchères: l'autorité impériale aliénait contre un certain prix qui lui était remis immédiatement, avant l'entrée en jouissance, il alienait, contre un certain prix, le droit à l'emphytéose; quand ce prix avait été versé, l'individu, jusqu'à ce que le terrain ait été défriché ne payait pas de loyer, mais le jour où le terrain était défriché et produisait des fruits, il devait alors payer un certain loyer comme dans le cas précédent.

Dans un certain cas en quelque sorte, on loue purement et simplement un terrain, et dans l'autre, quand on paye le droit à la location, on paye par un prix original le droit de jouissance ultérieure contre un versement annuel qui était fixé de gré à gré.

Il était interdit aux agents de l'autorité d'autoriser quelqu'un à ne plus payer le prix du loyer tous les ans: le fonctionnaire qui aurait consenti ce quittus du paiement du loyer, aurait été poursuivi. Alors avec ce système, il se produisait ceci: si l'individu qui avait acheté le droit à l'emphytéose déguerpissait, il perdait le prix qu'il avait versé, et il y avait là pour l'autorité une certaine garantie de plus. On a même prévu quelques pénalités contre ceux qui pouvaient déguerpir.

C'était un système plus pratique, qui présentait certains avantages.

Mais une constitution de Zénon est intervenue entre 476 et 484 et qui a ramené à un type unique les types antérieurs d'emphytéose du droit public, la location et la vente. Il semble même que ce texte ait visé, non pas seulement l'emphytéose de droit public, mais encore celle de droit privé, et que, par conséquent, ceci est du reste controversé, il semble bien que cette constitution est devenue comme le statut de l'emphytéose, mais à une époque où l'emphytéose avait rejoint la conductio agri vectigalis, que ce texte soit devenu comme le statut de cette institution nouvelle suite à la fois de la conductio agri vectigalis ou du jus perpetuum et de l'emphytéose.

Et alors cette constitution de Zénon a un certain nombre de dispositions: elle commence par déclarer que l'emphytéose, le droit emphytéotique n'est ni une location ni une aliénation, et que, par conséquent, on ne

Unification du bail emphytéotique (la constitution de Zénon)

L'emphytéose est un contrat sui generis

peut la faire rentrer dans aucun de ces deux types du code, que c'est un contrat spécial, qui est propre et distinct des deux contrats ci-dessus indiqués, encore qu'évidemment il ait quelque similitude et quelque parenté avec l'un et l'autre. C'est donc un contrat sui generis, c'est un premier point certain. Mais, bien entendu, les interprètes ont fait ce qu'ils font toujours et que font toujours les juristes, ils ont voulu faire rentrer ce contrat sui generis dans un des types de contrats du droit commun déjà connus, les uns ont voulu en faire un contrat consensu, les autres ont voulu en faire un contrat litteris, et, étant donné le texte de la constitution, il est évidemment très difficile de dire laquelle des deux interprétations est la bonne ou la mauvaise, en effet, le texte déclare que c'est un contrat qui n'est ni la location ni la conductio agri vectigalis; qu'il faudra toujours le considérer comme bon et valide; c'est un contrat dans lequel tout ce qui aura été convenu entre les parties, non seulement sur tous les cas normaux, mais même sur les cas fortuit tout ce qui aura été conclu par les parties, scriptura interveniente, devra être tenu pour valide et devra être observé, etc....

Alors on voit la controverse: les uns ont dit : c'est un contrat litteris puisqu'on nous dit que tout ceci devra être reconnu pour valable, avec scriptura interveniente, c'est l'interprétation donnée par Domat dans son commentaire de *Juris civilis* (9, 13, 14). D'autres auteurs voient au contraire dans ce contrat un contrat consensu, et la justification qu'ils donnent de leur théorie est celle-ci: supposez que la scripture soit perdue, l'acte ne vaudra pas moins, par conséquent cet acte vaut non pas par l'écrit, mais par le consentement.

La plupart des interprètes modernes disent que c'est un contrat consensu, mais qui a une physionomie un peu particulière, c'est un contrat consensu qui ne vaut que lorsqu'il y a une sorte de remise symbolique, cette remise symbolique étant réalisée par la remise ou par l'échange de l'écrit.

Voilà l'explication

M. Grandclaude croit qu'en réalité il est très difficile de départager les deux théories et il pense qu'il serait plus prudent, de s'en tenir simplement à la formule de Zénon, ce n'est ni l'un ni l'autre, c'est un contrat qui vaudra sans qu'on essaye de le faire rentrer dans telle ou telle catégorie.

Il y a encore une autre disposition dans cette constitution. Cette constitution commence par dire : 1°) que c'est un contrat sui generis; 2°) que c'est un acte qui vaudra et qui sera définitif, scriptura

Est-ce un contrat consensu
est-ce un contrat litteris

Il n'est pas possible de faire rentrer l'emphytéose dans les cadres des contrats du droit classique

interveniente, et puis, ensuite, 3°) il y a une dernière disposition qui nous dit que s'il y a un écrit intervenant, il faudra respecter les dispositions de l'écrit, même si ces dispositions visaient le cas fortuit, même si elles visaient la perte par cas fortuit. Mais la constitution ajoute que s'il y avait eu perte par cas fortuit sans que le cas fortuit ait été prévu dans l'écrit, alors dans ce cas si le cas fortuit entraîne une perte totale et définitive de la substance même de la chose, perte qui se serait produite même si le fonds n'avait pas été l'objet d'un bail emphytéotique, la perte sera supportée par le bailleur, par le propriétaire et par conséquent le locataire cessera de devoir le canon. Si au contraire, il n'y a qu'une perte partielle, s'il n'y a pas destruction totale de la chose, le risque tombera sur le locataire, et par conséquent, celui-ci continuera à devoir le canon total, même s'il y a eu perte partielle de la chose.

Ce texte peut, semble-t-il, être considéré comme le plus important sur la matière.

D'autre part, des dispositions législatives sont intervenues pour préciser quelles seraient les conséquences de l'emphytéose. Une constitution qui se trouve au Code (4, 66, 2, 2) déclare que, en cas de non paiement du canon, pendant trois ans, le locataire perdra l'emphytéose, ceci à moins qu'il y ait eu des conventions contraires, puisque, toutes les conventions devront être considérées comme valables.

Mais, ici il y avait une petite difficulté; il peut se faire, en effet, que le propriétaire ait intérêt à considérer qu'il n'a pas reçu le canon, de façon à pouvoir faire annuler le contrat d'emphytéose, et de façon à pouvoir concéder à nouveau le terrain à un autre individu, car il le concéderait certainement à un prix plus élevé, puisqu'il a acheté un terrain qu'il fallait défricher et mettre en état de cultiver et qu'il recevrait un terrain défriché sur lequel il y aurait peut-être même des constructions. Il fallait donc prendre des précautions, et on a prévu un système de publicité du versement du canon, et un système d'offre réelle, de façon à rendre impossible cette manœuvre du propriétaire.

Il y a eu ensuite une autre constitution, qui a fixé la façon dont le cessionnaire de l'emphytéose pourrait vendre le droit qu'il possède. On a décidé, bien entendu, que ce locataire pourrait vendre son droit emphytéotique, mais évidemment, une autorisation du propriétaire était nécessaire ici, et la législation l'a prévu.

Mais alors, une difficulté surgissait, toujours la même; si le propriétaire peut empêcher la vente, le propriétaire peut alors empêcher le cessaionnaire de l'emphytéose de retirer le légitime profit qu'il pourrait retirer des améliorations qu'il a apportées au terrain. Il faut donc empêcher le propriétaire de rendre impossible cette aliénation et pour rendre possible cette aliénation, on a créé une espèce de retrait ségneurial et on a décidé que le propriétaire pourrait reprendre en effet le droit emphytéotique qu'on voulait vendre, mais qu'il ne pourrait le reprendre qu'à la condition de payer le prix offert par l'acquéreur éventuel. Il fallait de plus qu'il fasse connaître sa volonté de reprendre dans les deux mois sinon la vente devenait alors parfaitement régulière et valable, mais on devait payer au propriétaire une espèce de droit de mutation qui représentait 2 % de la valeur du fonds ou du prix de vente.

Il y a encore eu d'autres réglementations secondaires sur l'emphytéose, en particulier sur les emphytoses ecclésiastiques. Je n'insiste pas davantage sur la question, je me contenterai de vous faire remarquer en terminant qu'il y a alors ici beaucoup de textes qui sont très embarrassants pour fixer quelle est la nature véritable de l'emphytéose. Ceci n'est pas étonnant, nous avons d'abord des textes qui sont antérieurs à la réglementation de l'emphytéose, nous en avons, d'autre part, d'autres, qui sont des textes de la conductio agri vectigalis, et vous avez vu combien la nature de la conductio agri vectigalis, du jus perpetuum était difficile à préciser, et vous avez vu toutes les doctrines différentes qui semblent bien avoir été émises par les juristes romains pour expliquer la conductio agri vectigalis. Or ces textes ont été interpolés, on a ajouté le mot "droit emphytéotique", on a par interpolation appliqué ces textes à l'emphytéose, de sorte que les difficultés que nous avons rencontrées à propos du jus perpetuum se reproduisent dans les mêmes textes interpolés à propos de l'emphytéose, d'où cause de difficultés. Ainsi, par exemple, vous vous rappelez le texte du Digeste (6, 3, I, I) dans lequel il était question d'un jus in re, à propos du jus perpetuum; ce titre-là a été interpolé par Justinien.

Les glossateurs utilisent les textes interpolés pour essayer de découvrir à Rome la théorie du

Toutes les difficultés que nous avons vues, nous les retrouvons ici, et toutes les possibilités d'essayer de donner à l'emphytéose un caractère de domaine utile, un caractère de quasi-propriété, toutes ces difficultés-là, toutes ces possibilités qui ressortent des textes, on va les retrouver avec l'emphytéose et par conséquent, le bail emphytéotique va pouvoir être

domaine divisé

repris par les glossateurs qui utiliseront le texte sans connaître le sort qu'il eut à aubir, ses mutilations, son histoire et l'époque à laquelle il se rapporte, lorsqu'ils voudront trouver dans le droit romain l'existence d'un double droit de propriété, d'un double domaine direct et utile. Vous comprenez que nous avons là une source qui va être puisée par les glossateurs lorsqu'ils essaieront de donner à l'institution féodale un habit romain.

Il y a encore un autre texte très connu, qui a été cause de difficulté, au Corpus (Code II, 62, 12) dans lequel il est question d'affranchissement de droit pour le possesseur de l'emphytéose: s'il peut affranchir, dira-t-on un jour, c'est qu'il a un droit de propriété. Donc évidemment, il y a un terrain extrêmement propice pour essayer de découvrir en droit romain ce que, en réalité, il n'y a pas, l'existence de deux types de droit de propriété, propriété directe et propriété utile.

La propriété classique est une plena potestas in re

En terminant cette étude de la propriété en droit romain, nous pouvons arriver à cette conclusion: il y a eu dans le droit romain une conception du droit de propriété et une seule, du moins à l'époque classique la conception de la propriété qui est dominium et une proprietas réunis, la plena potestas in re. C'est la seule conception qui existait en droit romain.

Mais si nous avons dans le droit romain une seule conception de la propriété, nous avons comme deux précédents historiques, deux écoles divergentes, l'école qui verra dans le droit de propriété un droit personnel et exclusif, par conséquent l'école d'où sortira le code civil, le code Napoléon, et puis une autre école qui pourra en méconnaissant le véritable esprit du droit romain, mais en s'appuyant sur des textes du droit romain, découvrir comme deux propriétés, propriété directe et propriété utile, et par conséquent, nous pourrons avoir là un précédent pour la féodalité.

DEUXIEME PARTIE

COMMENT LE REGIME DE LA
PROPRIETE ROMAINE S'EST
TRANSFORME JUSQU'A L'EPOQUE
DES GLOSSATEURS

Pour traiter cette question dans toute son ampleur, il faudrait faire toute la genèse de la féodalité, par conséquent, ce serait quelque chose d'énorme. Mais nous avons annoncé que toutes les parties du cours ne seraient pas également développées et que le professeur passerait extrêmement vite sur certaines d'entre elles. C'est le cas pour celle-ci, le professeur désirant, si possible, traiter la période révolutionnaire du retour du droit romain.

Le professeur compte donc se borner ici juste à ce qui est nécessaire pour les explications ultérieures: d'abord quelques mots du régime de fait de la propriétaire romaine au moment des invasions, non plus du régime de droit, mais du régime de fait, de ce qu'était, au point de vue purement économique la propriété romaine au moment des invasions.

Il ne dira rien par contre de la propriété en droit germanique, se bornant à remarquer que les Germains apportaient par le peu de consistance même de leurs doctrines juridiques, une très grande plasticité, une très grande possibilité, par conséquent, de s'adapter aux faits et en acceptant les faits d'une façon constante et durable, à transformer le fait en droit.

Ensuite, quelques mots sur les institutions les plus importantes peut-être pour l'évolution ultérieure, sur la précaire, l'immanité et le bénéfice, en sacrifiant sans doute la tenure servile qui pour les explications ultérieures a à peu près disparu.

Enfin, quelques mots très brefs sur ce qu'était la situation de la propriété en France au moment des glossateurs, XIII^e et XIV^e siècles.

LE REGIME DE FAIT DE LA PROPRIETE ROMAINE
AU MOMENT DES INVASIONS.

Opposition de la propriété romaine et du régime économique à l'époque des invasions

A cette époque, doctrinalement, nous avons la propriété unique du droit classique, mais en fait il y a eu un tel bouleversement social, économique, politique même, que cette doctrine n'est plus qu'une simple conception de juristes, mais en fait nous avons une propriété qui est complètement transformée.

La Gaule traverse une crise extrêmement grave

Cette transformation est due à des causes graves, pas très nombreuses, mais très graves: elle est la conséquence - je vous le disais du reste l'année dernière dans mon cours de droit public - des troubles qui ont accompagné la fin du Haut-Empire, et on a mené les réformes de Dioclétien. Vous savez qu'il y avait eu des troubles politiques extrêmement graves provoqués par les querelles qui existaient entre les différents candidats à l'empire, et vous savez que la Gaule avait été traversée par des armées, et finalement mise dans un état de ruine presque total.

D'autre part, il y a eu en même temps que ces troubles économiques et politiques, d'autres causes graves également : une dépopulation très grande, une très forte crise de dénatalité, et par conséquent, tout à la fois un manque de richesses et même un manque d'hommes pour les besoins de cette société politique.

Il y avait eu en particulier une ruine à peu près complète du commerce qui était devenu à peu près impossible pour différentes raisons: d'abord parce que les échanges étaient devenus irréalisables par l'état même du trouble général qui faisait qu'un transport de marchandises devenait aléatoire.

Le commerce était rendu difficile aussi par la falsification des monnaies, car on avait fait de la monnaie falsifiée, dans la proportion de 97 %, il restait 3 % d'or dans la monnaie; c'était devenu de la fausse monnaie. Là encore, cause de trouble.

De plus, on avait émis des lois du maximum. Lois de dépréciation de la monnaie, lois du maximum, vous voyez ce que cela peut entraîner pour le commerce.

On adopte un système d'économie fermée: chaque centre d'exploitation se suffit à lui-même.

Alors, pratiquement, on en était revenu à un système d'économie primitive fermée, d'économie agricole. Les grands propriétaires vivaient sur leurs terres, des produits de leurs terres et non seulement des produits naturels de leurs terres, mais même des produits manufacturés de leurs terres, si bien qu'ils constituaient des petites entités économiques, ils vivaient sur elles. Le signe de la richesse était devenu

et la flotte
Histoire

de ne pas avoir d'argent monnayé qui ne valait plus rien, le fait d'avoir des richesses en nature et ne plus avoir en signes qui ne signifiaient plus rien du tout.

L'argent étant très rare, l'im-
pôt est perçu en nature

Comme l'argent n'existe presque plus, les impôts étaient perçus en nature, de sorte que nous avions là un régime qui était extrêmement défavorable évidemment à une grande activité politique ou sociale.

D'autre part, il y avait une dépopulation très grande et la société avait un grand besoin d'hommes et un très grand besoin d'impôts.

Un très grand besoin d'hommes, c'est évident, nous étions menacés par les Barbares, il fallait une armée nombreuse. D'autre part, il y avait des troubles intérieurs et pour tâcher de rétablir l'ordre, de rendre un peu d'unité à ce pays immense, il fallait un nombre considérable de fonctionnaires. Comme les impôts étaient perçus en nature, il fallait pour entretenir ces armées ou même ces fonctionnaires, il fallait tout un service d'ouvriers, de collegiati, de membres de corporation ouvrières qui étaient obligés de travailler pour l'Etat, de façon à permettre la manutention ou le transport de tous ces impôts en nature. Il y avait donc de ce côté, vous le voyez, un besoin d'hommes immense.

D'autre part, il y avait un besoin d'impôts très considérable: des impôts pour payer ces soldats, des impôts pour payer ces fonctionnaires, des impôts même pour payer ces collegiati, et par conséquent, il fallait assurer l'existence d'une matière imposable, d'où toute une série de lois pour interdire de laisser les terres en friche, toute une série de lois pour favoriser des baux emphytéotiques, et pour interdire de ne pas cultiver toutes les terres.

D'autre part, il fallait être sûr que ces terres qu'on voulait faire cultiver auraient des hommes pour les cultiver, et par conséquent obligation, nécessité d'obliger les locataires, les petits locataires libres, qui étaient de très petites gens, les obliger à rester indéfiniment sur la terre au service du grand propriétaire, nécessité d'obliger les ouvriers agricoles libres à cultiver indéfiniment, et par conséquent nécessité de faire de tous ces paysans libres des colons.

Enfin, pour s'assurer que ces impôts seraient bien perçus, les décurions étaient responsables des impôts, et avaient l'obligation de rester indéfiniment à la curie. Et alors, il y a eu là toute une série de mesures qui ont été prises, de façon à assurer l'existence de ce personnel et de façon à assurer l'existence de ces impôts.

Dans ces conditions-là, on comprend qu'on ait

obligé les légionnaires à être légionnaires de père en fils, on ait fait la réquisition des légionnaires sur les grands domaines; on ait obligé les bas fonctionnaires jusqu'à leur retraite et de père en fils, comme on a obligé les collégiati à l'être de père en fils et à ne jamais quitter la corporation dont ils faisaient parties: et des mesures très sévères ont été prises contre certains, il y en a même qui ont été marqués au fer rouge pour les retrouver s'ils s'en allaient. De là aussi toute cette organisation du colonat.

Dans ces conditions-là, nous sommes arrivés à une situation extrêmement dure.

Quelle était exactement cette situation ? Il est difficile de le dire avec le recul. Aujourd'hui il est extrêmement difficile de fixer quel est exactement le chiffre de l'impôt par tête d'habitant, alors dire quel pouvait être ce chiffre d'impôt par tête d'habitant à l'époque romaine est très difficile à dire. Un article de M. Ferdinand Let paru dans la Revue historique du Droit, vers 1924, réagit contre certaines tendances peut-être excessives à considérer les impôts comme absolument écrasants, comme beaucoup plus lourds que ce que nous avons à payer aujourd'hui. Quoi qu'il en soit la situation était très dure.

enfin

Voici à titre d'exemple de littérature empruntée à Salvien, de Gubern, Dei l. V. Ch. 8: "Il est arrivé que des gens se sont mis à être des Bagaudes parce qu'il ne leur était plus permis de vivre autrement, après avoir perdu toute liberté, ils se contentaient de défendre leur vie. Que pouvaient faire d'autre des malheureux ruinés continuellement par le fisc ? Où, chez quel peuple autre que les Romains voit-on de pareils maux ? De semblables injustices n'existent que chez nous : les Francs ingorent ces crimes ; les Huns n'ont point de ces scélératesses ; rien de pareil ne se voit chez les Vandales ou chez les Goths ; chez les Wisigoths ces procédés sont si complètement inconnus que non seulement ces Barbares, mais les Roms qui vivent parmi eux n'ont pas à les souffrir. C'est pourquoi dans les pays qu'occupent les Barbares, le voeu de tous les Romains est de n'avoir jamais à passer sous la domination romaine ; dans ces pays, les prières du peuple romain, c'est qu'ils continuent de vivre avec les Barbares : non seulement nos frères ne veulent en aucune façon les quitter pour venir à nous, mais ils nous quittent pour se réfugier auprès d'eux".

Ceci indiquerait donc une situation grave et une perte du sentiment national.

Dans ces conditions, on comprend qu'il y a eu des évasions fiscales, et ces tentatives d'évasion fiscale et leur réalisation ont eut pour résultat de transformer

complètement en fait le sort des biens fonciers des grandes propriétés romaines. Pour le montrer essayons d'abord d'indiquer quels ont été les procédés employés pour échapper aux exigences fiscales par l'empereur, par les hauts fonctionnaires, par les grands propriétaires, et enfin par le menu peuple. Nous dirons après quelle a été par suite de ces évasions fiscales la physionomie de fait de la propriété romaine du temps des Barbares.

Les villas impériales ne subissent pas les charges fiscales

1° - Evasion fiscale. - L'empereur, le premier, a donné l'exemple de l'évasion fiscale, il a voulu que ses villas impériales n'aient pas à subir ces charges extravagantes, et il y a même une constitution qui a une formule assez curieuse là-dessus: "pour soulager nos terres du poids écrasant...." alors, pourquoi ne soulage-t-il pas celles des autres.

Pour les villas impériales, voici quel était leur régime à l'origine: ces villas ne faisant pas partie de la civitas sur le territoire de laquelle elles se trouvaient; mais elles étaient soumises aux autorités de la province dans laquelle elles se trouvaient, elles n'obéissaient pas à la civitas, mais elles obéissaient à l'autorité impériale de la province.

De plus, elles étaient soumises aux impôts ordinaires.

Et enfin, elles étaient soumises, au point de vue juridique, à la juridiction du gouverneur de la province, seulement, bien entendu, ces terres étaient administrées par des procuratores, c'est-à-dire par des sortes d'intendants qui constituaient un corps de fonctionnaires hiérarchisés.

L'empereur a commencé par accorder à ces terres une certaine immunité fiscale, et ensuite il leur a même reconnu une sorte d'immunité judiciaire et administrative.

D'abord immunité fiscale. Une première constitution de 319 (C. Th. 16, I) a décidé que dorénavant les terres impériales d'Afrique cesseraient d'être soumises aux impôts extraordinaria, c'est-à-dire aux super additionnes, et d'autre part, aux munera sordida.

Les super additionnes étaient les impôts ajoutés à ceux prévus pour la durée d'un lustre, c'est-à-dire cinq ans, et les munera sordida étaient des sortes de corvées d'entretien des routes, par exemple, ou bien d'autres charges, telles que le logement de s troupes.

Eh bien les terres impériales d'Afrique, en 319 en ont été exemptées.

Une constitution de 343 nous montre que toutes les villas impériales de tout l'empire étaient toutes dispensées de ces super additionnes et de ces munera sordida.

Et puis, ensuite, on a fait mieux: une constitution de très peu postérieure à celle-là, au Code théodosien (II, 16, 20) déclare que si un *judex* - un collectionneur d'impôts de l'administration générale - se permettait de venir sur les terres impériales pour percevoir des *munera sordida* ou pour exiger ces super additionnes, il serait tenu de payer de sa poche une somme égale à celle qu'il aurait perçue sur les terres impériales.

Ensuite, au milieu du IVème siècle, toutes les terres impériales ont été dispensées de tous les impôts aussi bien impôts ordinaires que les autres, et ceci était devenu une institution définitive, si bien que lorsque les Barbares sont arrivés pour eux c'était quelque chose d'indiscutable, la terre du fisc était une terre qui ne devait payer aucun impôt et les villas royales devaient, d'après les précédents romains ne payer aucun impôt. C'était une situation parfaitement établie et régulière.

Les procuratores des villas impériales s'emparent de la juridiction

Mais l'empereur a fait mieux, il a laissé prendre par ses procuratores une sorte d'immunité judiciaire, et, comme je vous l'ai dit, d'après le droit commun primitive, en droit classique, les habitants vivant sur les villas impériales étaient soumis à la juridiction du gouverneur de province, ils étaient soumis à sa juridiction au civil comme au criminel, et tout le monde était soumis, depuis le plus simple des colons jusqu'au procurator en chef. Il n'y avait que les esclaves qui étaient eux, évidemment, sous la puissance du procurator.

Le procurator avait un certain droit de police sur les habitants de ces terres et on lui avait même donné des hommes armés pour exercer cette coercition. Ils ont donc pris l'habitude de juger eux-mêmes toute une série de petites affaires civiles ou criminelles, et la preuve qu'ils ont pris cette habitude, c'est qu'une série de constitutions du IVème siècle sont venues interdire aux procuratores de continuer ainsi à exercer une juridiction.

Mais bientôt des constitutions impériales sont venues décider que le procurator devrait accompagner devant le gouverneur de province les habitants du domaine qui avaient un procès civil, il devait les accompagner et les assister. Par conséquent, voilà quelqu'un qui vient accompagner et protéger devant la justice du gouverneur de province les habitants du domaine: vous voyez que ceci est déjà quelque chose de singulièrement grave, il n'est pas besoin de faire allusion à ce qui se passe actuellement pour se rendre compte de l'importance de ce qui se passe.

tance que cela peut avoir. Mais on l'a fait non seulement au civil, mais au criminel: au criminel, on a décidé qu'il devrait également venir assister l'homme qui devait passer devant la juridiction du gouverneur de province, et on a fait mieux; on a décidé que ce serait au procurator d'extrader et de livrer lui-même à la justice du gouverneur de province le délinquant.

Il y a même eu une constitution de Valentinien qui a interdit aux judices, c'est-à-dire aux fonctionnaires impériaux de l'administration générale de pénétrer sur la villa impériale pour se saisir d'un délinquant, c'était le procurator qui devait lui-même se saisir du coupable et le livrer à l'autorité du gouverneur de province. Seulement, une constitution du même Valentinien, II (398) a décidé que les judices pourraient tout de même pénétrer sur la terre impériale.

Alors, pratiquement, les procuratores ont fini par exercer d'une façon qui a été reconnue par l'autorité impériale à la fin du IVème siècle, une juridiction civile et criminelle sur les affaires de peu d'importance et lorsque les procès existaient uniquement entre des habitants de la villa.

Des constitutions sont même intervenues pour indiquer de quelle façon on pourrait organiser un appel des décisions prises par les procuratores auprès des juridictions impériales.

Il y a eu là, par conséquent, une sorte, non pas de concession d'immunité judiciaire, mais une sorte d'abandon à la juridiction privée, du procurator, des habitants de la villa impériale. Voilà, par conséquent quelque chose qui ressemble singulièrement à ce que nous pourrons voir dans les périodes féodales.

Voilà de quelle façon l'empereur est arrivé à faire sortir ses villas de l'organisation du droit public général, et comment, par conséquent, ces villas ont fini par constituer quelque chose de tellement autonome que le procurator d'une villa était devenu sur la terre, sur cette terre comme une espèce de chef d'Etat.

D'autre part, il y a eu des mesures qui ont été prises pour exonerer les hauts fonctionnaires. Bien entendu, quand les hauts fonctionnaires ont vu que l'empereur lui-même accordait des immunités fiscales ou même des immunités judiciaires à ses terres, les grands fonctionnaires ont demandé un régime analogue pour leurs propres terres à eux-mêmes. Et alors, les concessions ont été accordées en effet à toute une série de grands personnages, fonctionnaires retraités du Palais, sénateurs, décurions, etc... Ils ont obtenu d'abord des immunités fiscales, plusieurs constitu-

Les hauts fonctionnaires recourent aux mêmes pratiques que l'empereur. Ils obtiennent des exemptions de plus en plus étendues.

tions du milieu du IVème siècle ont accordé des exemptions de munera sordida et des exemptions aussi pour les munera extraordinaria.

Des concessions ont été faites aux sénateurs d'abord, aux décurions, aux fonctionnaires du Palais, aux hauts fonctionnaires du Palais tout au moins, aux hauts fonctionnaires retraités.

Puis, des exemptions analogues ont été accordées aux églises, aux évêques et à toute une série de personnages.

Après avoir accordé des exemptions portant sur les munera sordida et sur les munera extraordinaria, à peu près à l'époque où les mêmes concessions étaient faites pour les villas impériales, nous avons eu ensuite des exemptions totales qui portaient sur tous les impôts, de quelque nature qu'ils soient. Ces exemptions ont été accordées à la fin du IVème siècle, et elles ont eu tantôt un caractère personnel et tantôt un caractère réel.

Un caractère personnel, c'est-à-dire que très souvent l'immunité était accordée à un individu déterminé pour tous les impôts qui pouvaient être dus par cet individu; d'autrefois, c'était une immunité réelle qui était accordée, c'était une terre particulière qui était exemptée et non pas le propriétaire de cette terre.

L'immunité personnelle généralement était viagère; l'immunité réelle était perpétuelle.

Quelquefois l'immunité était l'objet d'une concession spéciale; quelquefois, par conséquent, l'empereur dans une charte, dans un rescrit, décidait que telle terre serait dorénavant exemptée de l'impôt que jusque-là elle payait; d'autre fois, l'immunité accompagnait une concession faite par l'empereur d'une villa impériale: l'empereur donnait une villa du fisc à un particulier et il ajoutait qu'il la donnait en maintenant l'immunité qui avait été antérieurement accordée par l'empereur à cette terre, parce que villa du fisc.

L'immunité était généralement individuelle, accordée à un personnage déterminé; à une terre particulière; mais il y a eu quelquefois aussi des immunités collectives, c'est ainsi que certaines cités, certaines agglomérations urbaines comme Lyon et Marseille, ont obtenu des immunités fiscales; les églises également ont obtenu des immunités collectives.

Après le IVème siècle, il y a eu un effort très net de l'autorité impériale pour revenir sur ces immunités fiscales, et pour essayer d'imposer tous les impôts aux gens qui en avaient été exemptés; il est évident que cet effort ne pouvait pas aboutir, que l'état d'insurrection était trop développé, que les individus

Les exemptions
ont tantôt un
caractère per-
sonnel, tantôt
un caractère
réel

L'immunité gé-
néralement in-
dividuelle est
parfois collec-
tive

avaient pris une trop grande habitude de ne plus payer les impôts pour qu'on puisse de nouveau les imposer, c'était un effort voué à l'échec et qui ne pouvait que provoquer des difficultés et des troubles.

Les potentes cherchent à con- querir l'immu- nité judiciaire

Il y a eu aussi des tentatives judiciaires beaucoup moins marquées que les tentatives d'immunités fiscales. Les potentes avaient évidemment une certaine coercition sur leurs esclaves, et même sur les individus non esclaves qui vivaient sur leurs terres, ils avaient des gasindi, espèce de soldats domestiques et avec ces soldats, ils faisaient régner l'ordre sur leurs terres, et tout naturellement ils étaient amenés aussi à juger les petits conflits qui pouvaient se produire sur leurs terres.

Mais il y a eu quelque chose de plus: quelques constitutions impériales ont accordé à certains personnages, le titre d'adsertor pacis, si vous voulez le titre de juge de paix. Ces hommes étaient chargés, par conséquent, de trancher les menus litiges qui se produisaient dans un certain district; ce district comprenait la terre du personnage influent, tout le domaine du personnage influent et comprenait aussi quelquefois d'autres territoires que son domaine particulier et privé; mais enfin, ceci lui donnait un titre officiel pour exercer la juridiction, que même sans ce titre officiel, il aurait tout de même en fait exercée.

Les potentes entretiennent une force armée qui leur permet de tenir en échec les agents du fisc

Les potentes qui n'étaient pas fonctionnaires, mais qui étaient de riches propriétaires ont, bien entendu, voulu avoir les mêmes prérogatives que les hauts fonctionnaires ou que les sénateurs, et il leur était d'autant plus facile d'obtenir ces prérogatives qu'ils pouvaient se passer de les demander, ils pouvaient les prendre, sans aucune espèce d'octroi de l'autorité impériale. Ils pouvaient les prendre car nous arrivons à une époque où commencent à apparaître même chez les Gallo-Romains, ces gasindi qu'un riche propriétaire entretenait sur son domaine. Ces gasindi ont été moins fréquents que dans les pays byzantins, et moins fréquents surtout que chez les Germains, mais il y en a eu. Il y a eu des esclaves armés (servi buccellarii) ou même des hommes libres (gasindi) qu'on arme, et on avait ainsi une petite troupe avec laquelle il était très facile de résister aux collecteurs d'impôts. Et c'est grâce à cette force armée, à cette force insurrectionnelle que les potentes sont arrivées à ne plus payer les impôts.

Les efforts du gouvernement impérial se briescent contre

Nous avons toute une série de constitutions impériales dans lesquelles on rappelle aux fonctionnaires, en particulier aux fonctionnaires des civitates, mais même parfois aux fonctionnaires des provinces, qu'ils

les potentes

ont le devoir de percevoir les impôts sur les potentes. Il y a là toute une série de constitutions impériales qui le rappellent, et la fréquence même de ces constitutions, la sévérité même des peines prévues contre les magistrats qui ne perçoivent pas les impôts, ou contre les potentes qui refusent de payer les impôts, la fréquence, dis-je, de ces rescrits suffit à prouver qu'en fait on arrivait à ne plus payer du tout. Par conséquent, ces hommes-là sont arrivés par la force des choses à avoir une immunité fiscale de fait, et même une certaine autonomie judiciaire. Non seulement ils ont refusé de payer les impôts, mais encore ils ont pris l'habitude de juger eux-mêmes les hommes qui vivaient sur leur domaine. Nous avons à ce point de vue-là une correspondance échangée entre des potentes, la correspondance, par exemple, de Sidoine Apollinaire d'où il résulte qu'il avait pris l'habitude, comme du reste tous les potentes du même genre que lui, de juger les hommes qui vivaient sur le domaine, que ces hommes soient des hommes vivant sur le domaine, que ce soient même des procès entre les hommes du domaine et des hommes qui ne sont pas du domaine, des étrangers à ce domaine, il jugeait tout. Et, dans la correspondance de Sidoine Apollinaire nous voyons qu'il lui est arrivé de juger même, par exemple, un fait comme celui-ci: il s'agissait du rapt d'une jeune fille du domaine par un homme qui n'appartenait pas au domaine, et il a tout de même jugé cet individu.

D'autre part, il y a aussi des lettres de Symmaque du même genre, dont un court passage montrera à quel point l'habitude de juger était entrée dans les moeurs et apparaissait comme quelque chose de normal, de légitime, de naturel.

Il s'agissait dans l'espèce d'une discussion à propos de la propriété d'une terre, par conséquent c'était une terre qui n'était pas la propriété de Symmaque et voici tout de même en quels termes il écrit à un autre propriétaire - celui qui précisément devait juger: "Comme c'est ton habitude, entends les allégations de ceux qui gardent les biens du maître absent. Songe d'abord à ta bonne réputation si précieuse à tout homme de bien, puis à mon amitié fidèle, enfin aux lois dont tu es le gardien". Voilà donc quelqu'un qui a une juridiction insurrectionnelle et qui sent si peu qu'elle l'est qu'il se considère comme le gardien des lois, en exerçant cette juridiction; voilà donc bien quelque chose qui avait pénétré dans les moeurs.

Les potentes ne sont pas les seuls à avoir voulu échapper à cette organisation administrative et fiscale de l'empire romain: les humiliées, les pauvres gens les ouvriers, les paysans ou les très petits propriétaires

Les potentes
exercent la
justice sur
leurs domaines

Les humiliées
cherchent eux
aussi à échapper
au fisc

Tous essaient d'échapper à l'organisation socialiste rigoureuse

On revient à la pratique du patronat

Caractère synallagmatique des engagements entre patron et protégé

taires ou les petits fonctionnaires ont voulu, eux aussi, échapper à cette organisation fiscale de l'empire, ils y étaient même peut-être plus poussés encore que les fonctionnaires ou que les potentes, car eux étaient tenus non pas seulement à la capitatio terrena à l'impôt foncier pour les terres qu'ils pouvaient posséder, mais encore à la capitatio humana, c'est-à-dire à un impôt personnel qui n'était dû que par les humiliores, et puis enfin, ils avaient aussi à essayer d'échapper à toute cette organisation de socialisme qui réquisitionnait les hommes: décurions, ils voulaient pouvoir échapper à la curie; colons ascripti à une terre, ils voulaient pouvoir quitter cette terre; collegiati ils voulaient pouvoir quitter le collège et changer de métier; légionnaires, ils voulaient pouvoir se sauver de la légion; petits fonctionnaires, ils voulaient pouvoir quitter leurs fonctions, eux ou leurs enfants. Et par conséquent, il y avait là de leur part, un désir extrême d'évasion, non pas seulement fiscale, mais de protection même contre toute cette tyrannie de l'Etat complètement socialisé. Alors, tout naturellement, ils ont cherché des patrons, cela leur paraissait d'autant plus naturel que l'habitude du patronat n'avait pas disparu à Rome. Le patronat ne se pratiquait plus évidemment comme à l'époque où l'hostis venait demander la protection d'un citoyen romain, mais cette habitude qui remonte si haut n'avait pas été perdue, et nous avons eu toujours en somme des patronats privés. L'avocat était une manière de patron; le maître d'un exclave affranchi était une manière de patron.

Et de plus, les provinces, les cités, les vici les groupes d'habitants ont toujours, à toutes les époques, cherché un patron; les collèges, les différents groupements professionnelles, les corporations, si vous voulez, cherchaient elles aussi un patron. Et vous savez qu'au Bas-Empire, l'autorité impériale elle-même, quelquefois est intervenue pour organiser les patronats

Le *defensor civitatis*, quelle était sa raison d'être ? Protéger les humiliores d'une cité contre les excès d'une autorité impériale, et ces *defensores civitatis* ont été reconnus, réglementés, quelquefois même, institués par l'autorité impériale. Par conséquent, nous avions là une organisation qui était extrêmement ancrée dans les moeurs, et qui ne pouvait pas prendre un développement extrême à cette époque, mais ce patronat avait une physionomie particulièrement grave, non seulement pour l'ordre public, mais même pour les protégés, car d'après ce système, il y avait une sorte d'engagement synallagmatique: d'une part, le patron s'engageait à assister en justice,

s'engageait à assister en face du collecteur d'impôts s'engageait à assister dans toutes les difficultés possibles et imaginables, en somme s'engageait à protéger contre l'autorité publique; mais d'autre part, le protégé lui-même prenait des engagements: il promettait de payer une rente à son protecteur, il promettait aussi de lui faire des dons et ces dons pouvaient être extrêmement considérables.

Cette habitude de la protection devait devenir extrêmement dangereuse à une époque de troubles. C'est qu'en effet, la situation est devenue particulièrement grave au moment où les petits locataires, qui cultivaient pour le compte d'un grand propriétaire une terre dont ils percevaient pour eux-mêmes une partie des fruits, sont devenus des colons. Ils ont cherché des protecteurs de tous les côtés, et parfois, au lieu de s'adresser à leurs propriétaires eux-mêmes, ils s'adressaient à d'autres qu'à leurs propriétaires, car il s'agissait pour eux non pas seulement de résister au fisc, mais encore à l'individu qui allait devenir leur maître et seigneur. Ces gens-là vont chercher à se protéger, non seulement contre l'autorité fiscale, mais même contre cette autorité seigneuriale et, par conséquent, les troubles vont prendre une gravité encore plus grande, ce sera une cause de troubles non plus seulement politiques, mais encore sociaux. Ils vont chercher protection quelquefois parmi les soldats qui sont cantonnés dans un pays. C'est, nous raconte un auteur qu'on ne peut pas contester, c'est ce qui nous est dit par Libanus dans un discours qu'il a prononcé devant l'empereur Théodose, probablement en 392; ce discours est certainement, malgré sa forme déclamatoire, exact: "Il y a de grands villages dépendant de plusieurs propriétaires, des soldats y sont cantonnés; les pay-sans s'empressent d'acheter leur protection du produit des terres, et à prix d'or, non pour se protéger, mais pour se mettre en état de faire le plus de mal possible, ils vont faire des dégâts chez les voisins, ravagent les terres, abattent les arbres, pillent tout, souillent les puits, coupent l'eau, en un mot deviennent de vrais brigands. Ce n'est partout que plaies et violences. Leurs victimes pleurent: ils en rient et se gobergent. Pendant ce temps, les soldats font bombance au village et il n'y a qu'à tout souffrir, rare à qui se laisse aller à se défendre, si par malheur il touche à un soldat, il est perdu, point de secours à espérer: les lois sont sans vigueur, les gardes du pays ont des yeux pour ne pas voir. Viennent les exacteurs des tributs....."

Cet individu qui se plaint est un propriétaire qui se plaint que grâce à l'appui des soldats, lui aussi ne peut plus obtenir de ses colons le produit de la

Les colons eux-mêmes cherchent des patrons pour se protéger contre leurs propriétaires

terre. Il va d'abord nous parler des inconvénients pour l'empereur, pour la perception des impôts, mais il parlera ensuite d'autre chose qui le touche davantage: l'impossibilité pour lui-même de percevoir les produits de sa propre terre:

"Viennent les exacteurs des tributs: ils présentent tout doucement à voix basse, leurs réclamations, on se moque d'eux; ils élèvent alors la voix et menacent les magistrats, c'est bien en vain, ils ne sont pas les plus forts... De plus, sans qu'ils perçoivent les fruits du village, ils viennent enfin à vouloir saisir: à ce coup, les villageois leur font voir qu'ils ont des pierres et les pauvres exacteurs, vainement, couverts de sang, s'en retournent à la ville où ils apprendront que c'est à eux de verser le montant des tributs qu'ils n'ont pas pu percevoir.. Les voilà obligés de vendre leurs biens, leurs esclaves et jusqu'aux tombeaux de leurs pères, ils n'ont plus qu'à s'en éloigner en leur envoyant de la main un dernier baiser... Ils se voient exclus de la curie, etc....."

Ce désordre, bien entendu, touche l'autorité impériale, mais ceci touche aussi les grands propriétaires. Et ce même auteur rend compte que dans un procès qu'il avait eu avec des colons israélites soumis à un régime légèrement différent de celui des autres colons au point de vue juridique (au point de vue économique c'était la même chose), il présente une revendication devant un magistrat, le magistrat lui donne raison. Les colons vont chercher un potens, un puissant qui, bien entendu n'était pas leur propriétaire, alors ils reviennent devant le juge, et cette fois on donne complètement tort à Libanus qui avait indiscutablement raison, du moins à ce qu'il prétend, et il semble bien que c'est ce qui ressort de l'ensemble du texte.

Nous avions là un procédé de protection qui arrivait pratiquement à être une cause d'état insurrectionnel perpétuel, et arrivait à troubler non seulement le jeu politique de l'Etat, mais encore le jeu même économique du domaine et l'organisation sociale.

Par conséquent, les empereurs, à la fin du IV^e siècle, ont été obligés d'interdire ces patronages qui cependant étaient dans la tradition romaine. Mais, c'était tellement la tradition romaine, que les premières interdictions de patronage ont visé le cas où un paysan allait chercher comme protecteur quelqu'un qui n'était pas son propriétaire, on ne punissait pas le paysan qui allait chercher comme protecteur contre le fisc son propriétaire, ceci paraissait être dans l'ordre naturel. Et nous avons eu alors toute une série de constitutions impériales qui ont été émises entre 360 et 415, il y a eu six constitutions impériales et les

L'autorité impériale réagit contre le patronat

cinq premières ne visaient pas le cas où le protecteur aurait été le propriétaire, ils visaient les autres cas. Toutes ces constitutions sont relatives à l'Occident grec, ou l'Egypte, mais en réalité la situation était la même partout, c'était la même chose en Syrie et en Judée, le texte de Salvien prouve que c'était la même situation en Gaule, je vous citerai tout à l'heure des textes pour la Gaule qui vous montreront que la situation était la même. C'était la même aussi en Espagne, nous avons des textes qui le montrent, c'était la même situation même sur des villas impériales, des constitutions de Tibère nous prouvent que sur des villas impériales on allait chercher le protecteur.

Alors, on a d'abord simplement interdit de choisir un patron en somme autre que le propriétaire, mais les défenses sont devenues de plus en plus sévères, une constitution de 399 prévoyait des peines très graves contre le protecteur et contre le protégé: confiscation de tous les biens du protecteur et du protégé, et de plus, amende de 80 livres d'or (c'est au moins 500.000 Frs. en monnaie d'aujourd'hui) contre le protégé. Comme il n'y avait pas de protégés qui aient une fortune pareille, c'était en fait donner une amende qui permettait de prendre jusqu'au dernier sou de ce que possédait l'individu.

De plus, cette même constitution punissait les protecteurs, elle disait quels étaient les protecteurs ordinaires en Egypte et ces protecteurs qui sont visés dans la constitution c'était le Préfet Augustal, le comte d'Egypte, le maître des milices d'Orient, les comtes d'Orient, les vicaires d'Asie, du Pont de Thrace et de Macédoine. Vous voyez quels étaient les personnages qui organisaient l'insurrection à l'intérieur de l'empire, ils organisaient cette évasion fiscale et même cette évasion sociale. Vous voyez comme la situation était grave, puisque c'étaient les plus hauts fonctionnaires de l'empire qui organisaient l'insurrection.

~~Ne pouvant plus demander à d'autres de les protéger, les pay- sans s'adressent à leurs propriétaires. En échange ils leur font donation de tous leurs biens~~

Alors, du moment qu'on a interdit de prendre un patron en dehors du propriétaire, il s'est produit ça, c'est qu'on a été prendre pour patron son propriétaire, et c'est à son propriétaire qu'on a demandé de résister à l'autorité impériale. Mais, pour que ce patron devienne le propriétaire de la terre, il fallait donner sa terre, tout au moins fictivement au propriétaire, il fallait donc que les humbles fassent une donation sous une forme quelconque de leur terre, et le plus souvent, c'était effectivement une donation dans le sens juridique, donation qui était faite à un

Ces pratiques entraînent la suppression de la petite propriété.

Dangers de cette situation pour les pouvoirs publics

puissant qui devient ainsi propriétaire de la terre, que ces paysans, jadis propriétaires, continuaient alors à cultiver désormais, mais à titre précaire, qu'ils cultivaient pour le compte du propriétaire, pour le compte du potens, puisqu'ils avaient cessé, eux, d'être propriétaires de cette terre. Par conséquent, ceci arrivait à quelque chose d'extrêmement grave: la perte totale de tous les biens du protégé au profit du protecteur. Ceci arrivait donc à la disparition de la petite propriété et à l'extension la plus grande de la grande propriété.

Ceci présentait aussi des inconvénients évidemment pour l'autorité impériale qui se trouvait de la sorte frustrée, qui se trouvait perdre tous ses contribuables, et, par conséquent, on comprend très bien que l'autorité impériale soit intervenue pour tâcher d'empêcher ces mesures, et nous avons eu en 415 une constitution qui a interdit ces abandons de terres au profit d'un potens qui devenait effectivement ensuite le propriétaire. Mais cette première constitution de 415 a laissé valables toutes les remises de terres, toutes les concessions faites par des humiliores aux potentes antérieurement à 397, antérieurement à l'époque où on avait prononcé les peines les plus sévères contre ceux qui prenaient un protecteur autre que le propriétaire. Et puis, alors, une autre constitution de 468 est encore revenue pour interdire cette pratique de l'abandon des terres à un individu qui devenait ensuite le propriétaire.

Quoi qu'il en soit, la pratique s'est généralisée cela a fini par devenir un usage absolument courant, et partout, dans tout l'empire, les puissants devenaient ainsi les légitimes propriétaires, les propriétaires juridiquement véritables des terres qui appartenaient antérieurement aux humiliores. Ceci arrivait donc à un double résultat: dépossession de la classe la moins puissante de la population, et, d'autre part, constitution de petits groupements économiques qui échappaient complètement à l'organisation politique et à l'organisation fiscale de l'empire, c'était comme un état d'anarchie, où, si vous préferez un état de constitution de toutes petites seigneuries à l'intérieur d'un empire qui, de plus en plus, se vidait de toute possibilité de force.

Voici du reste en quels termes s'exprime à ce sujet Salvién parlant de la pratique des recommandations en Gaule: "Pour se sauver de la rigueur des exactions, les tributaires font la seule chose qu'ils peuvent faire afin d'être protégés et défendus, ils se livrent à de plus grands qu'eux, ils se font les dédits ces des riches et passent en quelque sorte en leur

puissance et en leur pouvoir à discréction. Je ne trouve à cela rien de grave ou d'indigne, au contraire, je rendrais plutôt grâce à cette grandeur des puissants auxquels se donnent les pauvres..." (Vous voyez qu'il s'inquiète assez peu de l'intérêt public) ..." si ils ne vendaient leur patronage, si ce qu'ils appellent défendre les humbles était de l'humanité et non pas de la cupidité". Comme le sentiment d'intérêt général a disparu ! Ce qu'il regrette, c'est que ce contrat de patronage soit un contrat léonien, c'est que le propriétaire pour accorder sa protection se fasse verser tous les biens des humiliores. "Ce qui est grave et par trop cruel c'est qu'on les voit protéger les pauvres à condition de les spolier, défendre les malheureux à condition de les rendre plus misérables encore en les defendant. Tous ceux qu'on voit se mettre sous leur protection cèdent à leur défenseur leur avoir à peu près entier, et ainsi pour que les pères aient un appui, les fils perdent tout héritage, et la sécurité des parents est payée par la misère des descendants. Le patronage des grands c'est ceci: rien pour les protégés, tout pour les protecteurs ! Les parents n'obtiennent qu'un avantage momentané qu'à charge que tout soit enlevé à leurs enfants, que les grands vendent et à quel prix ! Plut à Dieu qu'ils vendissent, car en réalité ils reçoivent et ne donnent rien en échange". Ils exigeront ensuite en effet eux-mêmes des prestations de la part des gens qu'ils ont protégés.

Voilà donc quel était le régime pratiqué en Gaule et quelle importance prend en fait le régime de la propriété, ou, si l'on veut, le fait d'être propriétaire, car nous assistons à un phénomène très important, c'est que maintenant le titre de propriétaire aura pour conséquence de donner des pouvoirs publics à celui qui aura ce titre, et que celui qui va devenir le propriétaire aura une coercition, aura une immunité fiscale et en même temps un certain pouvoir d'imposition, aura même une certaine autorité judiciaire. Voilà donc le droit public qui pénètre dans le droit privé.

Voyons maintenant quel a été le régime de la propriété qui a résulté des faits que je viens de vous indiquer.

Quel a été pratiquement le régime de la propriété au moment des invasions barbares ? Eh bien, il est évident que nous assistons, d'une part, à la regression, sinon à la disparition de la petite propriété, à une augmentation très considérable, de la grande propriété d'autre part, la grande propriété va prendre une extraordinaire fixité, le même individu pourra avoir plusieurs domaines, et, par conséquent, nous aurons des individus qui auront un domaine, d'autres qui en auront

Le propriétaire devient le chef d'un véritable état

?

dix, quinze, vingt, et qui pourront être de puissance très différente. Mais le domaine aura toujours à peu près la même organisation.

Ce domaine s'appelait la villa. Cette villa a laissé des traces très importantes. M. Grandclaude a fait remarquer l'an dernier dans son cours, que nous avions un certain nombre de noms modernes dans lesquels ce mot villa se trouve (forme française de villa), mais pas toujours, par exemple Villeneuve a une autre origine, mais par exemple, Villacoublay c'est une ancienne villa. Le mot villa a quelquefois disparu et on a alors un nom d'homme au génitif: Antony, le mot, villa a disparu, et le nom du propriétaire de la villa est resté. Par conséquent, voici deux indications: un nom d'homme au génitif ou le mot villa qui peuvent être, qui sont peut-être même le plus souvent l'indication d'une ancienne villa romaine. On va même jusqu'à dire que la plupart des divisions communales d'aujourd'hui sont les limites des anciennes villas romaines c'est peut être s'avancer beaucoup, mais en tout cas c'est l'indication qu'il y a eu une très grande persistance, et l'organisation de la villa de l'époque romaine sera l'organisation de la villa de l'époque franque, mérovingienne, carolingienne..

On pourrait même dire que parfois, mais il est loin d'en être toujours ainsi, le fief c'est en réalité la villa avec ces tenures qui vont devenir des censives ou des tenures serviles. Idée simple, mais qui comme beaucoup d'idées simples risque de conduire à des erreurs et qu'il convient donc de ne pas prendre à la lettre. Il ne faut donc pas exagérer cette idée; en réalité le fief est en effet beaucoup plus compliqué que cela, le fief ce sont des mélanges, par conséquent, dans la pratique, il n'y a pas eu beaucoup de villas qui soient devenues purement et simplement, directement, des fiefs, mais enfin il y a de cela tout de même.

De plus, ces villas étaient organisées sur le même type quand elles étaient des villas appartenant à un particulier ou quand elles étaient des villas appartenant au fisc, c'était le même régime on à peu près.

Voyons donc quel était le personnel qui vivait sur ces villas, et qu'elle était l'organisation, si j'ose dire, administrative de ces villas.

Sur la villa vivait un nombre d'hommes quelquefois très considérable. Il y avait d'abord le dominus, le seigneur, le propriétaire, qu'on peut commencer presque à appeler un seigneur. Ce propriétaire était évidemment en fait indépendant vis-à-vis de toute

L'organisation
du domaine. La
villa. Son sou-
venir s'est con-
servé jusqu'à
nos jours

espèce d'autorité publique.

De plus, il avait, comme je vous le disais tout à l'heure, une certaine coercition sur les habitants, un certain droit de juger ou de punir et un certain pouvoir d'imposer.

Ce potens, ce grand propriétaire exerçait quelquefois sa puissance par lui-même, mais il pouvait aussi la faire exercer par un procurator, par une espèce d'intendant, de maître du domaine qui deviendra dans le palatium royal le maire du Palais, et par des subordonnés de ce procurator.

Il y avait ensuite des gasindi, ces soldats armés qui étaient là pour exercer la coercition, la police à l'intérieur du domaine et aussi quelquefois, au besoin, pour résister aux voisins, voire même à l'autorité impériale.

Ces soldats domestiques étaient d'origine assez diverses: il y avait beaucoup d'esclaves affranchis ou non; il y avait quelques hommes libres qui étaient des habitants du domaine; il y avait surtout des espèces de réfugiés, des fugitifs de toute sorte, des gens qui avaient fui leurs collèges, leurs groupements professionnels, ou bien des légionnaires qui avaient fui; ou bien alors - à l'époque franque ils deviendront extrêmement nombreux- des gens possibles de la vengeance privée, des gens qui avaient commis un vol ou un assassinat et qui, pour échapper à la vengeance, se mettaient sous la protection d'un grand propriétaire et devenaient un de ses hommes d'armes; il y avait ensuite des esclaves, esclaves domestiques, attachés au service personnel du maître.

Il y avait aussi des ouvriers d'industrie, car sur le domaine il y avait en fait très souvent des espèces d'entreprises, de manufactures. Si par exemple sur le domaine il y avait une mine, on exploitait la mine. D'autres fois on manufacturait les produits du domaine. Dans le nord de la France, actuellement, il y a de grandes distilleries qui font le sucre sur le domaine même; des industries de ce genre là, nous en avions extrêmement souvent sur le domaine, et nous avions, par conséquent, des ouvriers d'industrie. Ces ouvriers pouvaient être des esclaves.

Il y avait ensuite des esclaves agricoles, c'était les plus nombreux, et parmi eux, les uns travaillaient pour la mise en culture des terres que le maître exploitait lui-même; et puis, d'autres esclaves commençaient à être "chasés", ils ne le sont vraiment qu'un peu plus tard, mais le début existe à cette époque. Ils vivaient sur un lopin de terre dont ils percevaient pour eux-mêmes les produits, à la condition de donner une partie plus ou moins importante de ces

produits au seigneur, et à la condition aussi de lui donner un certain nombre d'heures de travail pour l'exploitation de la terre que le seigneur cultivait directement.

Le colon, fixé à la terre, à perpétuelle demeure.

Il y avait ensuite sur la terre les colons. Les colons ont des origines diverses. Ce sont surtout, semble-t-il de ces petits locataires, de ces très modestes locataires à la situation fort instable et qu'on a obligés à rester, que l'autorité impériale a obligés à rester indéfiniment sur la terre, de façon à assurer l'exploitation de la terre, et la possibilité de percevoir les impôts en nature.

Il y a aussi des colons qui sont d'anciens affranchis; il y en a qui sont des ouvriers agricoles qui sont restés là, mais le plus grand nombre paraît bien avoir été ces petits locataires.

Ces colons étaient attachés au sol qu'ils ne pouvaient pas quitter, et ils y étaient tellement attachés qu'il y a un interdit possessoire accordé au dominus pour rechercher et reprendre son colon. Ce sera le dernier interdit possessoire qu'on trouvera.

Il y avait ensuite les précaristes de l'époque romaine. Ce sont des humiliées auxquels on a concédé une tenue ou - plus souvent - d'anciens petits propriétaires qui ont fait un don complet, total et définitif de leur terre entre les mains du seigneur et qui restaient là, exploitant pour le compte du seigneur ce qu'autrefois ils exploitaient pour eux-mêmes.

Puis il y a ensuite tous les protégés non précaristes, et il y a enfin sur le domaine les habitants des villages, car il peut y avoir sur le domaine de véritables villages, et ces villages peuvent contenir des habitants de toute sorte. Il y aura évidemment pour une très grande part des esclaves, des colons, des précaristes, des protégés, mais il pourra y avoir d'autres gens qui habitent là sans être dans un lien juridique précis vis-à-vis du potens, des gens qui, par exemple, seront des ouvriers de ces usines dont je parlais tout à l'heure, des gens même peut-être qui auront encore une petite terre à eux, qui sont arrivés à conserver leur indépendance et qui vivront là.

Toute une masse d'individus se trouve sur le domaine. Tous ces individus, ceux qui sont liés au seigneur par un lien personnel comme les esclaves, ceux qui sont liés à la terre par un lien réel, comme les colons ou comme les précaristes, ceux mêmes qui sont complètement indépendants, comme certains habitants du village, tous ces individus là sont soumis pratiquement à la domination du potens. Et, dans les lettres de Symmaque dont je vous parlais tout à l'heure, on voit revenir sans cesse cette formule "mes hommes" et on

Le maître est un véritable seigneur exerçant l'autorité publique

appelle les hommes de tel seigneur, les hommes de tel potens, tous les habitants du domaine, que ces habitants du domaine soient esclaves ou hommes libres, que ce soient des hommes économiquement liés ou non liés économiquement au dominus, tous on les appelle ses hommes. Il a donc pratiquement un pouvoir sur eux, il est devenu une espèce de seigneur, de détenteur d'autorité, je ne peux pas dire publique, mais d'une autorité qui généralement appartient à l'Etat.

Organisation de la villa

L'organisation matérielle du domaine est assez simple: il y a d'abord, bien entendu, la maison d'habitation du potens. Cette maison était très luxueuse à la fin de l'époque romaine, d'après les descriptions qui en ont été données, puis elle commença à se fortifier, à être moins luxueuse et il y a un passage qui n'est pas très net où cette belle villa luxueuse ressemble au château-fort.

Il y avait le mansus indominicatus, cette partie du domaine que le seigneur exploitait lui-même par l'intermédiaire de ces esclaves attachés à sa personne, ou par les corvées des autres esclaves, des colons ou des précaristes.

Il y avait ensuite les mansi concédés, c'est-à-dire les tenures qui avaient été remises à ces colons, à ces ascripti, à ces esclaves, pour qu'ils puissent verser une partie des produits au seigneur.

Régime d'économie fermée

Il y avait ensuite sur le domaine très fréquemment cette exploitation industrielle dont nous parlions tout à l'heure, et, par conséquent, nous arrivons à avoir un domaine qui présentait une singulière autonomie: autonomie économique, pas d'échanges avec le dehors. Cette autonomie économique est très importante, parce qu'elle entraîne toujours ensuite l'autonomie juridique. Autonomie économique, autonomie administrative, autonomie judiciaire: nous avions donc là une terre qui constituait une unité très forte.

Nous arrivons donc en fait à quelque chose qui est extrêmement loin du droit romain. A lire les textes juridiques en purs théoriciens, sans s'occuper de ce qui se passe dans la réalité, on a l'impression qu'il existe à Rome uniquement et exclusivement des citoyens et des esclaves. Il est vrai qu'on a été obligé d'introduire dans le droit au Bas Empire les colons, et cela c'est une indication de quelque chose de nouveau. Mais en réalité, cette division, citoyens et esclaves ce n'est plus vrai du tout, parmi les citoyens nous avons les potentes, les humiliées, les protesteurs et les protégés.

esclaves commencent à trouver une espèce de semi-indépendance, ce qui les rapprochera des précaristes.

De ce côté là, la contradiction on le voit est manifeste entre le droit et le fait.

La propriété du Bas Empire entraîne la souveraineté

L'esclave chassé et le colon ont un droit sur le sol qu'ils cultivent - ce droit est un démembrement de la propriété

Le concept germanique de la propriété: Ils se sont adaptés aux réalités gallo-romaines

D'autre part, si nous regardons le régime des terres, nous voyons que ce régime n'a plus rien à voir avec le régime théorique, classique que nous avons décrit. En réalité, la propriété du sol entraîne une espèce de souveraineté, une espèce de droit qu'on appellerait aujourd'hui un droit de souveraineté publique. Et puis, d'autre part, le seigneur n'est plus le seul à avoir des droits sur sa terre, cet esclave chassé qu'on ne déplacera jamais et qui pourra indéfiniment, de père en fils, percevoir pour lui, pour sa famille une partie du produit du sol, va avoir un fragment, un démembrément du sol; le colon qu'on ne pourra jamais déplacer va avoir un démembrément de la propriété. Par conséquent, nous arrivons à quelque chose d'absolument nouveau, d'une augmentation du droit de propriété par la pénétration dans le droit privé d'éléments de droit public, et une diminution du droit de propriété puisque nous allons voir à côté de lui d'autres droits réels apparaître qui vont le diminuer singulièrement. Nous sommes donc en présence de quelque chose d'absolument nouveau, et ces faits nouveaux ont été favorisés par l'esprit qu'apportèrent les Germains qui n'avaient pas de conception de propriété bien marquée, les Germains qui ont fait perdre les notions romaines et qui ont apporté une extraordinaire plasticité aux faits, ce qui a permis aux faits de devenir le droit de la période féodale.

Nous avons à étudier le passage du droit de propriété romaine au système féodal tel qu'il existait lorsque les glossateurs sont intervenus pour y introduire le droit romain.

Nous allons étudier d'abord quel était le concept de propriété chez les Germains, si on peut parler chez eux de concept de propriété. Ils n'avaient pas de système juridique précis, ils étaient très malléables et par conséquent, leur influence finalement a consisté surtout en ceci, c'est que, n'apportant pas de système très net, d'autre part ne comprenant pas très bien le système compliqué du droit romain théorique, ils ont accepté le fait, et ce fait accepté a fini par devenir coutumier, par devenir le droit positif; ils ont donc joué un rôle très important bien qu'ils n'aient pas apporté de constructions juridiques extrêmement originales.

Essayons de montrer: 1°) que, anciennement, les Germains ont connu un régime de propriété collective; 2°) qu'après les invasions, ils sont arrivés à un

système plus individualiste; 3°) qu'ils n'ont pas eu pourtant une doctrine juridique précise sur le droit de propriété; 4°) enfin, en manière de conclusion, qu'ils devaient être très malléables et qu'ils devaient, par conséquent, rendre possible l'acceptation en coutume de ce qui était le fait.

1° - A une époque très ancienne, antérieure aux invasions, les Germains ont certainement connu un régime de propriété collective.

César nous montre que la propriété individuelle n'existe pas encore à son époque chez les germains

Nous avons sur ce point plusieurs témoignages qu'on peut invoquer. Il y a d'abord le témoignage de César dans son de bello gallico (6,22) qui nous dit: "Les Germains n'avaient aucun goût pour l'agriculture et chacun n'avait pas un champ limité et déterminé avec des limites propres, mais les magistrats et les princes, chaque année, attribuaient aux familles ou à certains groupes d'hommes qui composaient une unité, ils leur attribuaient dis-je, des champs dans la quantité et à l'endroit qui paraissaient convenables, de façon que après cette année là, ils soient contraints d'aller à un autre endroit".

César nous dit donc que de son temps les Germains n'avaient pas un goût très vif pour l'agriculture, qu'ils étaient restés encore assez proches de l'époque pastorale, ils n'avaient pas de champs avec des limites individuelles, ils n'avaient pas en réalité de propriété individuelles pour les terres labourables, ces terres étaient tous les ans affectées par les magistrats ou les princes, à des groupes d'hommes qui exploitaient la terre et qui tous les ans se déplaçaient.

Réfutation de l'opinion de Fustel: ce texte ne vise pas l'assolement

Evidemment, ce texte a été controversé, il y a eu des individus, comme Fustel de Coulonges qui ont cru que anciennement il y avait eu un régime de propriété privée et non collective et qui partant de cette idée a priori ont essayé de fausser les textes, essayé de montrer qu'il s'agissait là non pas d'une distribution de terres labourables, mais simplement d'un certain régime d'assolement. C'est semble-t-il vouloir faire dire aux textes beaucoup moins que ce qu'ils disent. En réalité, le texte de César nous présente un régime tout à fait comparable à celui du mir russe.

Confirmation par Tacite. Analogies entre le régime germanique et le mir russe.

D'autre part, il y a également un texte de Tacit (De moribus germanorum, 26) qui dit quelque chose d'assez comparable: "Les terres de culture sont occupées par tous parce qu'ils se les partagent entre eux (les Germains) d'après leur rang. L'étendue des terres labourables facilite du reste ce partage. Ils changent de champ tous les ans et il reste encore de la terre labourable".

Voilà ce que nous dit Tacite. Par conséquent, il nous indique qu'il y avait plus de terre qu'il n'en était nécessaire, et que ceci rendait très aisément un système d'attribution de terres annuel, aux individus, suivant leur dignité.

Si on rapproche ce texte de celui de César, il semble qu'il est très difficile de ne pas y voir la preuve que nous avons eu un régime de propriété collective, comparable au régime du mir russe.

Encore une fois, il y a eu des controverses à propos de ce texte, quant au sens et même quant à la portée et quant à la traduction du texte, mais je n'insiste pas sur ce point parce qu'il me semble véritablement qu'on ne peut pas mettre en doute qu'il signifie qu'il y a eu un régime de propriété collective.

Seulement, incontestablement, toutes les terres ne sont pas tombées ainsi dans ce régime de propriété collective, il est bien certain qu'à l'époque de Tacite, il existait certains éléments de richesse qui étaient sortis de la collectivité et qui étaient devenues propriété familiale ou même des propriétés individuelles. Tacite nous dit "De moribus, 16): "Les Germains n'ont "pas des villages construits comme les nôtres avec des "maisons très rapprochées et qui se touchent: chacun "a sa maison avec de l'espace autour, soit par crainte "de l'incendie, soit parce qu'ils ne savent pas construire autrement".

Inutile d'insister sur la portée de ce texte. Ici encore il y a un accord à peu près universel entre tous les auteurs pour reconnaître que la maison et que l'espace qui entourait la maison n'appartenaient pas à la cité ou à la ville ou au clan, mais appartenaient à la famille, et qu'il y avait donc là un régime de propriété familiale.

D'autre part, il est certain que les Germains ont eu pour certains biens mobiliers une propriété individuelle: les armes, les vêtements, étaient la propriété de l'individu, d'un membre de la famille et non de la famille tout entière, semble-t-il. Du reste, Tacite lui-même nous dit que les chefs germains faisaient cadeau à des individus d'armes, de chevaux, de vêtements, de parures, etc... ils les donnaient à un individu déterminé, cela devenait la propriété individuelle de quelqu'un.

Par conséquent, les Germains ont eu un régime de propriété collective pour les terres de culture, un régime de propriété familiale pour certains biens qui constituaient la maison ou certaines parties de la maison et, d'autre, part, ils ont eu pour quelques meubles particuliers un régime de propriété individuelle.

La maison et son enclos, propriété de la famille

Propriété individuelle des armes et des vêtements

2^e - Le régime de propriété après les invasions.

Après les invasions, il est incontestable qu'il y a encore des traces de propriété collective, mais il est non moins incontestable qu'on s'oriente nettement et franchement vers un régime de propriété individuelle.

Trace de propriété collective dans la loi salique: possibilité d'expulsion du nouveau venu par les vicini.

Il y a un texte que l'on ne peut pas ne pas citer étant donnée l'énormité des controverses et la célébrité du texte, c'est un texte de la loi salique (45, *demitribus*) qui s'occupe d'un cas particulier et dit que "si un homme s'établit dans une villa, il suffit qu'un des habitants de ce village le demande pour qu'il soit expulsé, à moins qu'il n'ait passé dans cette villa au moins douze mois".

Ce texte est évidemment assez difficile à interpréter et il a été l'occasion d'une littérature considérable, mais enfin nous voyons que les vicini - les voisins - ont le pouvoir d'obliger quelqu'un à quitter un village. C'est assez étrange, c'est assez surprenant pour nos idées d'aujourd'hui, et l'explication qui paraît la plus vraisemblable est effectivement celle donnée par la majorité des auteurs: trace de propriété collective, souvenir ou subsistance d'une époque où les terres du village étaient partagées entre les habitants du village et où, par conséquent, on devait pouvoir empêcher un nouveau venu de venir et de diminuer ainsi la part des autres. Il est évident qu'il est effectivement assez difficile d'expliquer le texte si on ne donne pas cette explication là.

D'autre part, il y a un capitulaire de 814 qui nous dit que si quelqu'un s'est installé dans un village, et que les voisins aient gardé le silence, que les vicini l'aient laissé s'installer, cependant le propriétaire du sol sur lequel il se trouve pourra encore revendiquer ce sol après l'année écoulée. Il est probable qu'ici nous sommes à une époque plus évoluée où la propriété privée est plus nettement installée et où il semblerait stupéfiant que quelqu'un puisse rester à un endroit, ne puisse plus en être chassé sous prétexte que les voisins l'aient accepté; et, pour trancher ce conflit entre le concept de la propriété individuelle et le vieux concept on a dit: non, si celui-ci est resté, ce n'est pas parce que les autres l'ont laissé que le propriétaire sera obligé de lui reconnaître le droit d'occuper le terrain.

Il y a donc là, comme une dernière trace d'un système de propriété collective.

Il y a d'autres traces, il y a un capitulaire qui est ajouté à la loi salique et qui nous dit que le

pénale du village

village peut être rendu responsable en cas de meurtre. Si un individu est assassiné entre deux villages et qu'on n'arrive pas à découvrir l'assassin, l'amende devra être payée par les habitants de ces villages. Il y a donc là une trace de responsabilité collective, trace vraisemblablement d'un système de propriété collective.

D'autre part, il y a eu pendant très longtemps, jusqu'à la fin de la féodalité en Allemagne et pendant la période franque dans le nord de la France, un régime de marches germaniques, un régime de propriété collective; il y avait un certain nombre de villages, de communautés d'habitants qui possédaient des biens, ces biens étaient de trois catégories; les maisons, habitées par des particuliers; les terres arables; et les terrains vagues, les terrains de pacage ou de bocage.

La maison était appropriée, elle était la propriété individuelle, l'individu qui la possédait avait le droit de s'en servir.

Les terres labourables étaient également appropriées: une seule famille avait le droit de s'en servir.

Quant aux terres de pacage et de bocage, elles appartenaient à cette communauté d'habitants, à cette personne morale constituée par le groupe des habitants et tous pouvaient s'en servir.

Il y a vraisemblablement là une trace du régime plus ancien de propriété collective et voici pourquoi: c'est parce que les textes du XII^e et du XIII^e siècle allemands estiment que si on ne partage plus les terres, que si en fait elles sont devenues la propriété de chacun des membres de la communauté villageoise, néanmoins en droit cette communauté villageoise, cette personne morale de la communauté villageoise pourrait encore faire une nouvelle appropriation des terres.

De plus, les terrains communs, les terrains de pacage, peuvent être concédés à titre privé à des individus, et ceci par la personne morale que constitue le village, sans qu'il y ait besoin de la permission de chacun des villageois. Si nous avions un système de co-propriété des individus, il aurait fallu l'autorisation de chacun des villageois pour qu'on puisse ainsi concéder en appropriations privées la terre commune s'il n'y a pas besoin du consentement de chacun des individus, s'il suffit du consentement du représentant de cette communauté villageoise, c'est que ces terres de paturage sont la propriété de la communauté, si l'on veut, la propriété individuelle de la communauté et non pas la propriété commune, la propriété des différents individus. C'est que nous avons donc la trace d'un régime où le propriétaire était la communauté,

où nous avons, si vous voulez, un régime de propriété individuelle de la communauté.

L'édit de Chilpéric démontre l'existence du droit héréditaire des vicini

De plus, il y a des textes qui sont assez précis, il y a par exemple l'édit de Chilpéric (chap. 3) qui date du VI^e siècle (règne de Chilpéric: 561 - 584). Ce texte nous dit ceci: "Il est décidé et convenu que "si quelqu'un ayant des voisins, des fils et des filles, prédecède, du moment qu'il y a des fils survivants, les terres appartiendront à ces fils ainsi que "le veut la loi salique; mais si cet individu meurt "après ses fils, alors ses filles recevront la terre "de celui-ci comme si elles avaient été des fils vivants et survivants; maintenant, s'il meurt en laissant un frère, ce frère recevra la terre et non pas "les voisins (les vicini) et si ce frère vient à mourir et qu'il laisse une soeur, ce sera la soeur qui "sera désormais la propriétaire de la terre".

Eh bien, ici, nous avons évidemment une trace de régime de propriété collective. Nous abandonnons un régime dans lequel les héritiers étaient les voisins avant d'être les frères ou les soeurs. Il est évident que c'est une trace de propriété collective, il est évident que si nous nous représentons ce régime analogique au mir russe, nous comprenons ce qui se passait : nous avions une concession du sol à une famille; le jour où cette famille vient à disparaître, il est normal et naturel que cette terre rentre dans la communauté villageoise et que ce soient aux vicini de recueillir, par conséquent, cette terre abandonnée, cette terre qui n'a plus d'occupants. Et il y avait évidemment là abandon du régime de propriété collective à décider que maintenant cette terre ne retournera plus au village, qu'elle deviendra la propriété des collatéraux de cet individu qui ont vraisemblablement pu ne pas recevoir leur part dans un partage de la terre du village, car ce frère ou cette soeur ont pu ne jamais appartenir à cette communauté villageoise originelle. Nous avons là évidemment la preuve qu'il y a eu un régime de propriété collective et que ce régime est abandonné.

La propriété collective fut peu à peu abandonnée dès l'installation en Gaule, par contagion du système romain

Ces textes nous montrent qu'il y a eu un régime de propriété collective et qu'en est sorti. Il y a d'autres textes qu'on pourrait citer pour montrer qu'en est bien sorti, il y a des textes qui punissent - d'une façon qui ressemble un peu aux dispositions très anciennes du droit romain, les individus qui déplaceraien les limites des champs ou toucheraient aux limites des champs. Et il y a même un texte de la loi des Burgondes qui nous dit: "Si pour les limites de quelque champ il y a un procès, si un barbare a reçu une largesse publique, par une largesse

"mettons royale, si vous voulez, et qu'il y ait procès à ce sujet là, qu'il soit demandeur ou qu'il soit défendeur, il pourra plaider d'après le droit romain". C'est donc qu'il pourra avoir les préentions du propriétaire romain, c'est qu'il pourra par conséquent avoir une propriété romaine, c'est du moins, je pense, le sens du texte, encore que le texte puisse signifier autre chose, il peut signifier qu'il est question non pas d'une revendication mais d'une action en partage ou en bornage, il n'est pas très net, mais serait-il question d'une action en bornage, il y aurait possibilité pour lui de se servir du droit romain. Ce serait une indication qu'on est prêt d'accepter le régime romain, et comme il y a d'autres textes qui punissent la violation de la propriété, les contestations relatives précisément à ces bornes, on peut supposer que le texte vise non pas le cas d'action de bornage, mais véritablement le cas de revendication de la propriété.

Donc, voilà des gens très probablement auxquels on concède un droit de propriété romain.

De plus, il est incontestable que les barbares ont connu après les invasions un système d'occupation des terres, un système de tradition des terres et un système de succession des terres, toutes institutions qui supposent très évidemment un régime de propriété individuelle. Ils ont connu l'occupation des terres, ceci est certain. Cependant, je le signale tout de même parce qu'il faut faire attention et il ne faudrait pas croire que l'occupation qui était connue était tout au moins à l'origine dans leur pensée première exactement l'occupation romaine, ce n'est pas tout à fait cela.

Il y a eu sur cette question un certain nombre de textes, le plus explicite est un texte des Bavarois, de la loi des Bavarois (16, 2) qui nous dit: "J'ai des témoins qui savent que j'ai toujours travaillé sur ce ce champ, nemine contradicente, que je l'ai labouré, que je l'ai sarclé, que je l'ai possédé et que mon père me l'a laissé à ce jour, et que déjà lui-même l'avait en sa possession". Nous sommes ici en présence d'un texte qui présente de l'intérêt, parce qu'il nous montre que nous sommes arrivés ici à une propriété vraiment individuelle: j'ai des témoins pour dire que j'ai moi cultivé de champ, que je l'ai possédé, que je l'ai labouré, que je l'ai sarclé. C'est la propriété individuelle. D'autre part, c'est une propriété individuelle qui porte sur des terres qui avaient d'abord été des terres en friche. Il y a d'autres textes qui le prouvent.

Par conséquent, nous arrivons à quelque chose de singulier: similitude avec l'occupation romaine; cette terre en friche était une terre qui n'était pas encore

La loi des Bavarois nous montre un système transactionnel: c'est un régime de propriété privée, gardant le souvenir de la propriété collective.

appropriée, utilisée par personne, qui était une res nullius et qu'on vient occuper. Il semblerait donc que nous sommes en présence d'un régime tout à fait comparable à celui de l'occupation romaine et que, économiquement, pratiquement ce soit un régime d'occupation.

Je ne le conteste pas, mais il y a cependant quelque chose qu'il convient de noter, c'est que ce qui légitime cette possession, le droit à conserver cette possession, d'après ce texte de la loi des Bavarois, c'est qu'il le possède et c'est que son père déjà le possédait nemine contradicente, sans qu'il y ait eu contradiction de la part de qui que ce soit. Ceci, économiquement, c'est la propriété individuelle, mais psychologiquement et juridiquement, c'est quelque chose qui n'est pas très éloigné de l'ancienne propriété collective: vous voulez le garder parce que les voisins s'y opposent pas, c'est devenu votre propriété individuelle, mais dans un système psychologique où on a encore l'idée de la concession du sol par le groupe des voisins, des occupants voisins.

Ceci apparaît d'autant plus vraisemblable que nous aurons l'occasion dans quelque temps de parler d'une sorte de chose qui a un peu l'apparence de l'usucapio chez les barbares et qui, en réalité, n'est pas une usucapio dans le sens romain du mot, qui n'est pas une prescriptio acquisitive, qui est simplement une prescriptio extinctive, qui est simplement un délai après lequel les voisins ne peuvent plus protester. Vous conservez la chose parce qu'on ne peut plus vous dire de vous en aller. Vous voyez, c'est quelque chose qui sent encore la propriété collective tout de même, et du reste, il y a à côté de ce texte toute une série de textes de la loi des Burgondes (Chap. 13, de la même loi des Burgondes (titre 54, I), de la loi des Wisigoths (10, I, 13) qui tous se préoccupent de cas un peu voisins de celui-ci, qui tous s'occupent du cas où un individu a ainsi défriché une terre et où les voisins protestent, et ces textes disent en général que pour concilier les choses, si le voisin proteste, il faudra lui donner sur ces terres non encore défrichées et non encore utilisées, un autre morceau, de quantité égale, de la sorte ils ne se disputeront plus.

Ceci peut donc revenir économiquement à l'occupation, mais ce n'est pas l'idée romaine de la propriété individuelle, cela nous y mène, mais ce n'est pas encore cela.

Il y a d'autre part toute une série de capitulaires qui sont intervenus, capitulaires de Charlemagne et de Louis le Débonnaire (812, 815, et 816), après la conquête de la Septimanie wisigothique. Elle avait été conquise par les Arabes et elle avait été ensuite

reprise par les armées franques. Ces terres étaient à peu près désertes, elles étaient à peu près sans habitants, il a donc fallu les recoloniser, mais quand on a voulu le faire, il y a eu des conflits et des difficultés, il y a eu d'anciens occupants, d'anciens francs d'anciens sujets des rois francs qui ont voulu revenir sur ces terres qu'ils possédaient jadis.

Il y a eu d'autre part des occupants qui sont venus s'installer sur ces terres, les défricher. Il y a eu des individus qui ont reçu alors de l'autorité royale une sorte de charte d'occupation, une sorte de concession du droit de défricher et de conserver la terre qu'ils avaient défrichée. Et puis, il y a eu des chefs, supérieurs à ces individus particuliers, qui ont eux-mêmes reçu certaines concessions, quitte à sous-concéder ensuite.

Ceci créait une situation juridique extrêmement embarrassée, il y avait entre tous ces individus des conflits possibles, entre les anciens occupants individuels et les nouveaux occupants individuels, ceux qui avaient reçu une concession de l'Etat, ceux qui avaient reçu une autre concession de la même autorité royale, mais qui contredisait plus ou moins la précédente.

Autour de tout cela, il y a eu des réglementations des procès, des conflits et dans les textes relatifs aux institutions privées et publiques des époques mérovingiennes et carolingiennes de Thévenin il y a plusieurs reproductions de procès-verbaux de procès relatifs à cette question, et on sent toujours que ce qui est considéré comme capital, c'est de savoir s'il y a eu contradiction ou non. Ce n'est donc pas l'idée d'une occupation individuelle, c'est l'idée de savoir si les voisins ou une autorité supérieure ne s'y oppose pas. Cela nous mène à la propriété individuelle, mais ce n'est pas cela, cependant il est certain que nous nous en rapprochons de plus en plus et voici un autre texte très court, cité par Thévenin (82) relatif alors à un terrain qui se trouvait en Germanie, dans la région de Fulda: il s'agit ici d'un terrain en friche et qu'un groupe d'hommes est venu en 826-827 défricher, ils l'ont défriché et après l'avoir défriché, ils l'ont vendu et nous avons ici l'acte de vente reproduit par Thévenin (p. 82, 83). Vous pourrez vous reporter au texte, vous verrez que nous sommes en présence d'une vente véritable: Un Tel vend son droit, - ils sont une dizaine d'individus qui ensemble ont défriché le terrain, - un tel vend son droit pour recevoir en échange une épée, un autre recevra en échange un vêtement de laine, un autre un bœuf, un autre une épée, un autre une vache, etc... Par conséquent, nous

avons là une vente véritable, nous sommes arrivés économiquement à la propriété individuelle, et même on peut dire juridiquement, car en somme un régime qui est fondé sur l'idée de la prescription extinctive, c'est une terre devenue propriété individuelle par suite d'une prescriptio extinctive, par suite de l'impossibilité pour les voisins de réclamer cette terre, ce régime là c'est pratiquement la propriété individuelle.

Les Germains ont connu un procédé de transfert analogue à la traditio

D'autre part, les Germains ont connu un régime de traditio, incontestablement, et par conséquent du moment qu'ils ont fait des traditions de terres, c'est qu'il y avait un régime de propriété individuelle de ces terres, et à ce propos je cite un texte: "Si quelqu'un a reçu une vigne ou une villa, si la chose est de peu d'importance qu'il vienne avec six témoins, si elle est de petite avec trois, si elle est de grande avec douze témoins, sur le lieu où on doit faire la traditio; qu'il amène également autant d'enfants qu'il y a eu de grandes personnes, et qu'alors devant tous ces témoins, on remette le prix, qu'on fasse la traditio de la possession, que l'autre accepte cette possession, et puis qu'ensuite on claque les enfants et qu'on tire leurs oreilles, de façon à ce qu'ils puissent pendant très longtemps en porter témoignage".

Les éléments de la traditio germanique sont compliqués et variés. Ils comportent une publicité, une investiture réelle ou symbolique, un déguerpissement de l'ancien propriétaire

Ils ont connu un régime de traditio dans lequel il y avait un certain nombre d'éléments. Ces éléments, nous les connaissons d'ailleurs d'une façon assez fragmentée. Pour savoir comment se pratiquait la traditio c'est assez malaisé, parce que, en dehors de ce texte des Ripuaires un peu précis (60, 1) nous n'avons que des allusions dans la loi salique où plutôt que des allusions dans des chartes privées à la loi salique qui nous montre que la loi salique elle aussi admettait ce régime de traditio. Il y a aussi des textes dans la loi des Bavarois et puis enfin toute une série de formules, comme celle du recueil de formules de Tours, d'Angers, dans lesquels il est question de traditio. Il y a aussi des actes de la pratique très nombreux, si bien qu'on peut arriver à reconstituer à peu près ce qu'était cette traditio. Lorsqu'il s'agissait d'une vente importante, et en particulier d'une vente d'immeubles, elle se faisait autant que possible au mallum et à tout le moins en public, on dressait ensuite un testamentum, un acte écrit; ce testamentum était vraisemblablement le plus souvent rédigé au mallum, mais nous avons aussi un certain nombre de testaments régis, testaments faits par le roi ou plus exactement par les référendaires de la cour du roi.

S'il n'y a pas eu de témoins et s'il n'y a pas eu de testamentum, il semble qu'on pouvait tout de même arriver à une traditio: la tradition faite hors témoins devait probablement valoir à la condition qu'on fasse un procès fictif pour faire apparaître les témoins.

A côté de ces mesures de publicité, il y avait deux autres éléments nécessaires, il y avait une certaine vestiture, un certain ensaisonnement qui doit se faire de façon différente et puis il faut ensuite une mise en possession et un abandon.

La mise en possession pouvait se faire ou réellement et matériellement, ou symboliquement.

Elle pouvait se faire réellement et matériellement nous avons en effet des textes de la pratique, des textes de la région rhénane de 842 (Thévenin, 18) et dans lesquels nous voyons qu'un individu transmet la propriété d'une terre de la façon suivante: il fait venir l'acquéreur, des témoins, il s'en va, il quitte la maison, l'acquéreur et les témoins s'y installent pendant trois jours, lui étant parti. Ceci réalise une investiture réelle

D'autre part, si on n'avait pas une investiture réelle, on pouvait faire une investiture symbolique, mais elle avait quelque chose d'un peu particulier: en général, elle ne se faisait pas comme en droit romain: en droit romain, pour réaliser une investiture symbolique, on remettait purement et simplement un objet représentant la chose qui faisait l'objet de la traditio, les Francs ont très souvent remis, en effet, un objet qui représentait la chose qui devait être tradée, livrée en possession, on remettait par exemple une motte de gazon qui représentait la terre qu'on voulait trader. Mais cela ne suffisait pas; presque toujours les Francs ajoutaient encore autre chose, un autre élément, un autre symbole qui représentait non plus seulement l'objet dont on voulait faire la traditio, mais encore le pouvoir, la puissance qu'on avait sur cet objet. Par exemple, vous savez que pendant très longtemps, dans les fiefs parisiens, on a eu une investiture réelle: les évêques de Paris, par exemple, lorsqu'ils investissaient de grands fiefs jusqu'au XIIème siècle, remettaient un symbole du fief, par exemple une planche, un morceau de bois et au-dessus un anneau d'or, l'anneau d'or ayant pour symbolisme la puissance, le lien qui unit au fief, la puissance qu'on a sur cet objet. Les Germains ont remis des couteaux, des lances, des gants, des objets de toutes sortes, qui signifiaient puissance sur la chose. C'est donc un peu plus compliqué que dans le droit romain.

D'autre part, un autre élément était indispensable, il fallait qu'il y ait un déguerpissement de celu-

qui faisait la traditio. Après avoir mis en possession il fallait qu'il s'en aille publiquement, qu'il fasse le geste de partir et de laisser. C'était un élément indispensable pour qu'une traditio soit réalisée.

Cette traditio était donc assez compliquée, elle est même assez difficile à connaître dans les détails, parce que nous la connaissons par un faisceau de textes imprécis et non pas par un texte très net ce qui aurait été plus aisés. Mais enfin, il est certain tout de même que nous sommes arrivés à avoir ainsi un transfert de puissance sur une chose. Du moment que nous avons eu un transfert individuel de puissance sur une chose, c'est que nous étions bien arrivés à la propriété individuelle.

Les mêmes formalités sont employées pour le transfert d'un droit quelconque

Cependant, il y a quelque chose qu'il faut remarquer dès maintenant, et qui rend cette théorie germanique horriblement difficile et délicate, c'est que ces symboles, en particulier ce symbole de puissance pouvait être le même, était même presque toujours le même lorsqu'on remettait la propriété totale d'une chose ou lorsqu'on remettait simplement une certaine jouissance ou un certain usufruit sur cette même chose. L'anneau d'or, par exemple, dont je parlais tout à l'heure, aurait pu servir à montrer l'ensaisinement de l'alleu ou à montrer l'ensaisinement du fief, l'ensaisinement d'une chose sur laquelle on a une pleine propriété et l'ensaisinement d'une chose sur laquelle on a simplement un droit de culture. Par conséquent, cette tradition nous montre bien que nous sommes arrivés à une certaine puissance individuelle sur les choses. Ce n'est tout de même pas la preuve qu'on ait eu un concept très net de propriété, puisqu'il y avait le même système et le même symbolisme pour marquer des concessions précaires ou des concessions définitives; nous sommes arrivés à un régime de propriété individuelle, ce n'est pas la preuve absolument nette, précise qu'on est arrivé à une conception juridique tout à fait claire de ce qu'était la propriété.

La succession dans le monde germanique

Reste maintenant à montrer très brièvement que les Germains ont également connu une succession. Le testament n'a pas existé chez les Barbares, et il est évident que si le testament avait existé, nous aurions la preuve la plus forte qu'on puisse donner de l'existence d'une propriété individuelle, ce serait la preuve que l'individu peut de part sa volonté souveraine disposer de biens comme il l'entend. Mais nous avons eu tout de même quelque chose qui est déjà sur le chemin de la propriété individuelle, sur le chemin du testament. Nous avons eu ce régime de transmission en vertu duquel un individu pouvait ensaisiner de ses biens

un homme de confiance qui devait ensuite, après sa mort dans l'année qui suivait sa mort, remettre les biens aux héritiers désignés par le défunt. Par conséquent, nous avons là l'indication d'une certaine disposition individuelle de biens.

La succession franque prouve que la propriété n'est plus collective; elle ne s'est pas encore absolument dégagée comme individuelle

D'autre part, les lois barbares prévoyaient un régime de succession ab intestat, vous connaissez la disposition célèbre de la loi salique qui déclare que les terres saliques passeront aux fils à l'exclusion des filles; puisque ces terres peuvent passer aux fils c'est que nous avons une propriété qui n'est plus collective, qui est à tout le moins familiale, mais si nous avions une propriété tout à fait individuelle, il n'y aurait pas eu l'exclusion des filles. Ceci signifie que, dans les idées qu'on avait surtout à cette époque, on redoutait que les biens sortent d'une famille pour passer dans une autre, ils avaient en effet une conception un peu particulière de la génération, ils estimaient que les enfants étaient les enfants des hommes et non pas des femmes, et que la succession par les femmes c'était la sortie de la race, le passage dans une autre famille. Idée un peu inexacte qui est à la base de ce système.

L'édit de Chilpéric: tendance à la succession des femmes

Contre ce système, il y a une réaction. Nous connaissons cet édit de Chilpéric qui déclare qu'à défaut d'héritiers mâles les femmes viendront à la succession plutôt que les vicini. Voilà quelque chose qui nous mène vers la succession des femmes.

Nous avons d'autre part des dispositions d'un très grand nombre de lois barbares, lois des Ripuaires et lois thuringiennes qui déclarent qu'à défaut d'héritiers mâles les femmes recueilleront la succession, même avant des héritiers mâles d'un degré plus éloigné.

En pratique, on est favorable à la succession des filles (formule de Marculf)

Enfin, la pratique a réagi contre cette loi salique et nous avons des dispositions testamentaires, des actes privés qui nous montrent qu'on est arrivé à un système d'après lequel il convenait de donner aux femmes une part de succession égale à celle des hommes. Voici en effet ce que dit une formule de Marculf (livre 2 des formules, chap. 12), le titre est intitulé "modèles d'actes pour que les femmes succèdent dans les biens héréditaires, dans les alleus avec leurs frères": "Une vieille mais impie coutume existe parmi "nous en vertu de laquelle de la terre paternelle les "soeurs ne peuvent avoir en même temps que leurs frères une partie. Mais, moi, m'élevant contre cette impénétrabilité, estimant que Dieu m'a donné également des fils "et des filles et qu'il convient que je les aime également, et que, par conséquent, il convient que je les "gratifie également de ma chose après ma mort ; par "cette lettre, ma très douce fille, à côté de tes frères

"germains, et au même titre qu'eux, je t'institue héritière pour une part égale et légitime, et tu prendras de la succession de la même lance que tes frères"

Cet acte prouve que le père pouvait disposer de ses biens

Voilà donc un texte intéressant, qui nous montre que nous sommes bien arrivés à un régime de propriété privée. Ceci n'est pas un acte particulier, c'est une formule d'acte de Marculf; si nous étions en présence d'un acte particulier, en effet, nous pourrions nous dire que c'est peut-être un acte exceptionnel, et il faudrait se demander si les juristes du temps l'auraient admis ou non, mais nous sommes en présence d'une formule de Marculf, rédigée par un individu dont on ne sait qu'une chose c'est qu'il s'appelait Marculf, à vrai dire, et qu'il visait le droit salien des francs saliens, et nous ne savons pas de quel pays il était, Paris, Metz, Meaux ? Nous n'en savons rien. La plupart des auteurs pensent que c'est un texte parisien du VIII^e siècle et que Marculf avait été clerc dans la chapelle du roi, et par conséquent chargé de la rédaction de diplômes royaux. C'est donc un homme qui connaissait les habitudes, c'est donc quelque chose qui a plus de valeur pour nous, plus de valeur démonstrative qu'un acte privé ou législatif, c'est un acte qui était certainement pratiqué, sans cela il ne l'aurait pas dit. Nous voyons qu'il affirme une opinion courante et commence par nous dire que cet usage existait, mais qu'il est impie et que c'est contre cette impiété qu'il s'élève, etc..... En même temps, nous le voyons qui va contre la disposition législative et qui donne à sa fille une part de la succession. C'est donc bien un régime de propriété privée ou, à tout le moins, dans lequel le père est arrivé à avoir une sorte d'omnipotence, d'omniliberté de disposition sur ses biens.

Les Barbares, après les conquêtes ont peu à peu adopté un régime de propriété privée, assez mal défini

Ces divers exemples, ce texte de Marculf sur les successions, les textes cités auparavant sur la tradition, les textes sur les vicini, tout cela forme un faisceau et il est permis de dire que les Francs ont connu après les invasions - à une époque postérieure aux invasions que je ne cherche pas à préciser - un régime de propriété privée.

Cependant, les Germains n'ont pas dégagé une conception très nette de la propriété privée, ce concept de propriété est resté juridiquement assez flottant et assez imprécis. C'est ce qu'il importe de montrer maintenant.

3° - Imprécision de cette conception de propriété privée.

Si la conception de propriété avait été très nette, nous aurions eu peut-être - ceci n'est pas très certain - nous aurions eu peut-être un mode d'acqui-

sition propre de la propriété, qui aurait été distinct des modes d'acquisition de jouissance sur la chose; nous aurions eu ensuite des sanctions propres au droit de propriété; enfin les textes nous permettraient de dégager une conception de la propriété qui se distinguerait nettement des autres droits de jouissance sur les choses ou de la possession vulgaire.

Pas de mode d'acquisition propre à la propriété

Or, nous n'avons rien de tout cela. D'abord, nous n'avons pas un mode propre d'acquisition de la propriété - ceci, remarquons-le, c'est de nos trois arguments le plus faible, de beaucoup - on pourrait ne pas avoir de mode propre d'acquisition de la propriété et avoir tout de même une conception nette de la propriété. Si nous avions un mode d'acquisition propre de la propriété, nous aurions la preuve qu'il y a eu une conception nette de la propriété, mais le fait que nous n'avons pas un mode d'acquisition propre de la propriété n'est pas la preuve certaine que nous n'avons pas une conception nette de la propriété. Par conséquent, argument assez faible.

Nous avons eu deux modes d'acquisition de la propriété, mais qui n'étaient pas spéciaux à la propriété, c'était la tradition et la prescription.

Le mode de transfert unique, appliqué à la propriété, au gage, à l'usufruit, fait penser au dominium romain

La tradition. - Nous avons eu, on l'a vu, des acquisitions, en effet, de la propriété par tradition. Nous avions une tradition qui comprenait trois éléments: une publicité d'une très grosse importance, une acquisition de la propriété, enfin un déguerpissement tous éléments indispensables. Ces trois éléments, nous les retrouvons non pas seulement dans les modes d'acquisition de la propriété, mais encore dans les modes d'acquisition des gages ou de l'usufruit. Dans tous les cas nous avons le même symbolisme, le gage et l'usufruit s'acquéraient par une tradition du même genre. Nous avons surtout le même symbolisme, par exemple l'anneau, le gant, le couteau. Cela nous fait penser au dominium, quand on distinguait le dominium de la proprietas, dans le très ancien droit romain. Vous vous rappelez ce que je vous ai dit à ce sujet. Eh bien, on peut rapprocher cette unité de symbolisme pour l'acquisition du gage de l'acquisition de la propriété, cette idée du dominium s'établissant sur les choses qui était quelque chose d'unique.

Les Barbares ne connaissent que la prescription extinctive, et non la prescription acquisitive.

La prescription. - Si nous avions eu la prescription acquisitive, l'usucaption romaine, nous aurions eu la preuve nette d'un droit de propriété, ou, à tout le moins, d'un droit de dominium. Mais, une prescription purement extinctive, cela ne prouve plus rien du tout; une prescription purement extinctive, cela veut

dire qu'au bout d'un certain temps on ne peut plus chicaner sur un fait; mais cette prescription extinctive peut s'appliquer aussi bien pour interdire une revendication, une action réelle, que pour interdire une action personnelle quelconque, cela n'a plus rien du tout de spécifiquement propre à la propriété ou même à un droit réel. Or, il est indiscutable que nous n'avons jamais eu que des prescriptions extinctives, nous avons eu une prescription d'un an et d'un jour, et à ce propos rappelons ce titre de la loi salique (45) de migrantibus, qui nous dit que lorsqu'un individu a vécu dans un village pendant un an, les vicini ne peuvent plus le faire partir. Prescription extinctive. D'autre part, en matière de succession, lorsqu'un individu a reçu un bien d'un défunt, pour le faire passer à des héritiers, il faut qu'il agisse dans l'année, nous dit le texte de la loi salique (chap. 46) car si on laissait passer l'année, ses héritiers véritables ne pourraient plus agir. Prescription extinctive encore.

Le titre 27 de la loi salique nous parle des arbres marqués et coupés: on sait que quand quelqu'un avait acquis une propriété, la propriété d'un meuble en particulier, il y avait lieu à deux choses, la tradition dont nous avons parlé, et en outre à l'apposition d'une marque; on marquait les bestiaux, on marquait les arbres, même peut-être les bornes des champs, de façon à ce qu'il y ait une marque individuelle permettant de reconnaître la propriété de quelqu'un. Eh bien, si un arbre a été acheté par tradition et marqué, et que le propriétaire n'en dispose pas pendant un ans, au bout d'un an cela devient une res nullius, il ne peut plus le revendiquer, il ne peut plus le réclamer, c'est une perte de propriété; par conséquent cela ne peut être qu'une perte extinctive et non pas acquise, bien évidemment.

Enfin, dans deux capitulaires de 803 et de 807, de Charlemagne et de Louis le Débonnaire, qui visent le cas de contumace, un individu a été condamné par défaut et tous ses biens ont été confisqués par l'autorité royale, s'il ne les réclame pas dans l'année ils sont perdus pour lui: prescription extinctive, évidemment aussi.

Enfin, la traditio est nécessaire pour l'acquisition de la propriété, elle est extinctive, traditio et usucatio. La traditio pour faire acquérir ce que nous appelons la propriété, en évitant de lui donner un sens précis, un an donc pour acquérir la propriété, et, d'autre part, un délai d'un an pour supprimer toutes les revendications possibles, et les deux sont nécessaires pour qu'on se considère comme véritable propriétaire, alors que cependant la traditio transmet

la propriété.

Et ceci est même passé dans certaines coutumes, il y a un article de la coutume de Vermandois qui dit que, en dix ans on obtient l'investiture, la saisine d'une chose. Il faut un délai de dix ans pour acquérir, si vous voulez, cette espèce de tradition réelle, et après ces dix ans, il faut un an et un jour pour supprimer les actions à l'occasion de cette tradition. Vous voyez, c'est bien précis, c'est bien une prescription extinctive.

D'autre part, les Germains, les Barbares avaient à ce point l'habitude de la prescription purement extinctive que parmi les prescriptions romaines de longue durée, ils ont retenu seule la prescription trentenaire, prescription extinctive.

Par conséquent, le système relatif à l'acquisition de la propriété ne nous montre pas un mode propre à l'acquisition de ce droit de propriété; nous n'avons donc pas dans ce mode d'acquisition la preuve qu'en a distingué la propriété des autres modes de jouissance sur les choses. Ce n'est pas à dire qu'on ne l'a pas distingué, mais nous n'avons pas la preuve que cela ait été distingué.

Il n'existe pas de sanction véritable du droit de propriété chez les Barbares.

Voyons maintenant les sanctions.

Cela c'est plus précis: si nous avions eu une idée bien précise de la propriété, nous aurions eu une sanction de la propriété: si nous avions eu l'idée très nette de la propriété, nous aurions eu des revendications civiles pour réclamer la chose elle-même, en dehors de toute espèce d'idée délictuelle ou pénale; et nous aurions eu, d'autre part, à côté et en dehors de ces actions civiles, des actions pénales pour réprimer les délits tels que les vols ou la violence, qui ont pu être commis à l'occasion d'une chose objet de propriété.

Or, si nous examinons les textes purement barbares nous constatons qu'ils ont connu des sanctions pénales mais qu'ils n'ont guère connu que les sanctions pénales en matière de propriété, ils ont connu les actions de vol ou quelques actions de violence, un point c'est tout, ou à peu près tout. Et ils ont distingué des actions pénales d'abord à l'occasion des meubles, et ensuite à l'occasion des immeubles. Et comme les meubles étaient plus faciles à voler que les immeubles, les dispositions relatives aux meubles sont très nombreuses, celles relatives aux immeubles sont extrêmement fragmentées, de peu d'importance et peu précises, parce que pratiquement le vol ne jouait pas avec l'immeuble.

Pour les meubles

Voyons d'abord les textes relatifs aux meubles.

la seule sanction est l'action de vol. Abondance de dispositions concernant le vol dans la loi salique

Eh bien, tout au moins dans la loi salique, ces textes s'occupent uniquement et exclusivement du cas de vol. C'est le vol qu'on punit, on ingore toute autre espèce d'action à l'occasion des meubles que l'action de vol. Il y a sur l'action de vol des dispositions en nombre considérable, 13 titres de la loi salique sont consacrés à des vols de meubles. Songez au peu d'importance de la loi salique et à l'énormité de ces titres sur le vol ! Regardez à côté de cela les dispositions de notre code pénal à nous, vous constaterez combien elles sont brèves. Ces titres sont extrêmement détaillés, par exemple le titre II prévoit le vol dans la maison ou hors de la maison, donc le vol hors de la maison ou le vol avec effraction, si vous préférez; le vol avec usage de fausses clés; le vol dans le cas où il y aurait eu fuite avant qu'on ait pu réaliser le vol; vous voyez toutes les dispositions qui sont prévues, combien ceci est réglementé par une loi en général si avare de dispositions. Par exemple, on nous dit que si le vol est commis hors de la maison, s'il s'agit d'un vol d'une valeur de deux deniers, la poena sera de 600 deniers, si l'objet vaut 40 deniers, la poena sera de 1400 deniers ou 35 sous d'or; s'il y a eu vol avec effraction et qu'il s'agisse d'un objet d'une valeur de deux deniers, 600 deniers d'amende; s'il y a eu usage de fausses clés, 45 sous d'or; s'il y a eu fuite avant d'avoir pu réaliser le vol, 20 sous d'or. Et puis alors, il y a des dispositions spéciales suivant qu'il s'agit du vol d'un boeuf ou d'un cheval, suivant les circonstances qui ont accompagné, le vol, etc.....

Il y a une richesse de réglementation énorme. Et alors on distingue trois procédures différentes pour le vol: la procédure de flagrant délit, la procédure de festino minando, quelque chose qu'on pourrait rapprocher de la procédure romaine de suite de la chose, et puis enfin la procédure ordinaire 1c

Procédure En cas de flagrant délit, la victime peut se saisir immédiatement du coupable et le mettre à mort, comme dans le très ancien droit romain.

D'autre part, lorsqu'il y a cette poursuite, procédure de festino minando, lorsqu'il s'agit de suivre la trace, cette procédure vise surtout le vol d'animaux, alors dans ce cas voici quelle est la procédure: (vous allez voir qu'elle a pour but de punir le vol et qu'elle n'arrive pas du tout à permettre une revendication véritable) on alerte les voisins qui doivent venir avec le centenarius, ceci dans les trois jours du vol, ils doivent partir avec la victime à la recherche de la trace. Quand on arrive à la maison du voisin

et en particulier à l'écurie du voisin, s'il y a la marque du propriétaire sur l'animal, la victime et deux cojureurs témoins affirment qu'ils reconnaissent la marque. Après cela on lie le voleur. Ceci fait, si le voleur ligoté nie le vol, dit quoi que ce soit pour contester le vol, la victime doit venir avec six témoins et déclarer qu'elle reconnaît l'objet, qu'il est bien à lui. Et puis, c'est fini. Si au contraire, six témoins ne veulent pas venir jurer avec la victime qu'ils reconnaissent l'objet comme étant bien la propriété du volé, alors c'est le préteⁿdu volé qui doit payer 35 sous d'or d'amende au préteⁿdu voleur.

Voilà toute la procédure. Puis il y a la pénalité consistant en reprise de l'objet et paiement de l'amende.

Par conséquent, la procédure tend uniquement à faire constater un délit, et il y a si peu une véritable revendication, que la contradiction n'est pas organisée, qu'on ne permet pas au préteⁿdu voleur de prouver, par exemple, qu'il a acquis la chose à tel ou tel titre, il suffit que le préteⁿdu volé ait six témoins pour dire que c'est bien à lui pour que tout soit fini, la condamnation pénale jouera. Nous n'avons donc pas ici un système de revendication, nous n'avons pas deux actions uniques, une action civile, une action pénale; nous avons une pure action pénale.

Voyons maintenant quelle est la procédure ordinaire, lorsqu'on a laissé passer le délai, les trois jours. Dans ce cas le début de la procédure est le même, mais il y a ceci de particulier, c'est que, en présence de l'objet litigieux, le voleur peut contester, il peut affirmer que l'objet n'a pas été volé par lui, parce que, par exemple, il l'a trouvé ou acheté. Dans ce cas, il y a entiercement, c'est-à-dire mise sous séquestre de l'objet volé. Après cet entiercement, il y a un combat simulé entre les deux parties. Les formes de ce combat sont indiquées par la loi ripuaire (33, § 63) qui nous dit que si quelqu'un a reconnu sa chose, il peut mettre sur elle la main, et que si celui qui est préteⁿdu voleur proteste, alors on mettra la chose sous séquestre, et ensuite, en présence des deux, ils doivent tous les deux jurer avec les co-jureurs, et ils doivent avoir la main droite armée, cependant que de la main gauche ils tiennent l'objet litigieux.

Après cela, le préteⁿdu voleur, défendeur, peut dire d'abord qu'il ignorait que son adversaire était propriétaire de la chose, il peut dire qu'il l'ignorait parce que, par exemple, l'objet lui avait été vendu, ou parce que la chose lui avait été remise par un procédé quelconque. Alors dans ce cas, s'il affirme

et jure qu'il ne connaissait pas l'existence du droit de propriété sur cette chose, il y aura simplement lieu à remise de la chose entre les mains de la victime, sans pénalité.

Ceci est une revendication qui est prévue par la loi ripuaire, par certaines lois barbares, ce n'est pas prévu par la loi salique.

Deuxième hypothèse possible: le présumé voleur peut dire qu'il a tenu la chose par son père et que le père a pu l'acquérir légitimement et qu'il la possède depuis très longtemps, trente ans, par exemple. Dans ce cas, il doit faire simplement son serment avec deux cojureurs et l'affaire est terminée, le vol n'est pas établi.

Troisième hypothèse: il peut dire qu'il a acheté la chose et indiquer de qui il l'a achetée. Alors le vendeur est appelé en garantie, et à ce moment-là il peut se passer deux choses: l'appelé en garantie peut lui-même appeler d'autres appelés en garantie, le présumé voleur peut dire: je l'ai achetée à Primus; Primus répondra: je l'ai achetée de Secundus, etc... Lorsqu'on arrivera au dernier appelé en garantie, ou bien il peut jurer avec des cojureurs qu'il a acheté la chose légitimement du présumé voleur, alors dans ce cas c'est le présumé voleur qui est considéré comme voleur et qui est condamné à la peine du vol, à l'amende. Si au contraire, l'appelé fait défaut ou s'il ne trouve pas de cojureurs, ou s'il reconnaît qu'il a volé la chose, il est considéré comme voleur.

32 La peine du vol consiste en ceci: remise de la chose, paiement des intérêts en retard, et enfin paiement d'une amende d'après le tarif que je vous ai indiqué tout à l'heure (tarif du titre II de la loi salique).

2 Voilà quelle est la procédure dans ce cas, eh bien examinons cette procédure. Nous avons évidemment une disposition que nous avons déjà indiquée qui dit que si le présumé voleur jure avec d'autres personnes qu'il ignorait la provenance de l'objet, qu'il ne se considérait pas comme un voleur, alors dans ce cas la victime peut reprendre la chose sans pouvoir réclamer la pénalité de l'action de vol.

Nous sommes ici en présence d'une chose qui est tout à fait l'équivalent d'une revendication civile, d'une remise en possession de la chose, nous avons ici en somme un cas de revendication qui peut se produire à l'occasion d'une procédure de droit pénal. Seulement ceci n'est pas prévu par la loi salique, et, en dehors de cette hypothèse, qu'est-ce que nous avons ? Unique-ment et exclusivement des pénalités qui évidemment sont accompagnées de la remise de la chose, mais enfin

form
Cas de revendication: le présumé voleur jure qu'il ignorait la provenance ; le volé reprend la chose

des pénalités, et c'est une partie en somme de la peine que la restitution de la chose.

La revendication n'existe pas seule; elle est incluse dans la procédure de vol.

Nous avons donc ici un système dans lequel la revendication n'existe pas véritablement, dans laquelle elle apparaît à peine, elle apparaît très mêlée à une procédure pénale, et par conséquent, nous n'avons pas eu une conception bien nette de la rei vendication, nous n'avons pas dégagé l'idée de la sanction du droit de propriété, nous avons une peine de vol, une action de vol, et puis, tout de même, quelque chose d'autre, qui apparaît forcément, parce que si on poursuit le voleur, c'est tout de même qu'on a une certaine idée du droit de propriété et de l'obligation de restituer la chose. Nous avons donc bien, si vous voulez une revendication, mais une revendication qui existe à l'état psychologique, qui n'existe pas à l'état de véritable doctrine juridique bien précisée.

Il y a des hypothèses qui n'ont jamais été prévues par les lois, par aucune espèce d'action réelle, pour le cas d'une acquisition de la chose à non domino, nous n'avons d'actions directe dans ce cas, nous pourrons peut-être y arriver indirectement, par cette procédure que j'indiquais tout à l'heure, nous n'avons pas d'action directe pour reprendre la chose, il faut passer par le biais de l'action directe, et encore dans la loi salique, rien.

D'autre part, en cas de gage ou de dépôt, pas d'action réelle du tout, la loi salique prévoit une action personnelle, pas une action réelle, elle ne prévoit pas ici d'action pénale, elle ne considère pas probablement comme suffisamment révoltant le fait de conserver un gage pour en faire une action pénale. Seulement, d'autres lois barbares, la loi ripuaire en particulier et la loi wisigothique prévoient ici une action pénale, mais pas d'action réelle.

Il y a tout de même deux textes qui ont donné lieu à des controverses et qui, évidemment, sont bien sur le chemin de la revendication, c'est quelque chose qui est trop conforme, peut-on dire à la raison humaine pour qu'on ne trouve pas cette revendication, même lorsqu'elle n'a pas été très nettement dégagée. Nous avons quelque chose qui y fait penser dans la loi des Wisigoths (5, 4), c'est une disposition de la partie la plus récente de la les wisigothorum et vous savez que nous avons une partie plus ancienne, un code du Vème siècle, le code d'Euric, et cette partie de la disposition de ce code a la marque antiquam, qui veut dire tiré du code antérieur; cela remonte donc à une époque ancienne, c'est une disposition qui remonte au Vème siècle. Voici ce texte: "Toutes les fois qu'il y aura procès à l'occasion d'une chose vendue ou donnée

LW
54
51

le texte de la loi des Wisigoths vise-t-ils la revendication ?

c'est-à-dire si par hasard il est arrivé que quelqu'un a donné ou vendu une chose d'autrui, la chose d'autrui qui ne lui appartenait pas, il ne pourra en résulter aucun préjudice pour l'acheteur; mais celui qui s'est permis de vendre ou de donner la chose, sera tenu de payer le double; cependant, il rendra à l'acheteur le prix qu'il avait reçu de cet acheteur".

Si donc quelqu'un a vendu la chose d'autrui, pas de poursuite, nous dit-on, contre l'acquéreur, une peine du double contre le vendeur, cependant le vendeur devra payer à son acquéreur innocent la valeur de la chose qu'il a reçue.

241

Inutile de vous dire que ce texte est évidemment amphibologique. Il y a contradiction entre ces deux parties du texte, et possibilité, par conséquent, pour les tenants de la revendication et ceux de l'inexistence de la revendication, de se battre tant qu'ils voudront ! Nous avons deux dispositions qui se contredisent, une qui nous dit: dans ce cas, rien, aucune réclamation vis-à-vis de l'acquéreur de bonne foi; et, d'autre part, on nous dit qu'il y a une peine contre le vendeur de mauvaise foi, et puis on nous dit cependant qu'il devra rendre le prix à cet acquéreur de bonne foi. S'il doit rendre la valeur du prix à cet acquéreur de bonne foi, c'est probablement qu'on reprendra la chose à cet acquéreur de bonne foi. Par conséquent, il y a une revendication. Mais, d'un autre côté, on nous dit qu'on ne s'en inquiétera pas. Alors, comment concilier ? Remarquez que le plus probable est que la première partie du texte est mal construire et qu'on a voulu dire simplement qu'on ne pourra pas le poursuivre pénalement. Je pense que c'est cela le sens, parce que alors, sans cela, je ne comprendrais plus du tout la deuxième partie du texte qui nous dit qu'on devra lui rendre la valeur de la chose. Il n'est pas concevable qu'on lui rende la valeur de la chose si on ne lui reprend pas la chose, on ne peut pas lui faire un avantage d'avoir acquis le bien d'autrui, on ne peut tout de même pas, parce qu'il a acquis le bien d'autrui lui dire: vous allez conserver la chose, et puis vous aurez la valeur du prix que vous aurez versé. Cela n'est pas possible, donc il doit bien y avoir ici tout de même une revendication. Sans doute elle est bien peu nette et peu claire, mais en tout cas, il y a une action en revendication à l'occasion d'une action pénale, mais revendication sur la réalité de l'existence de laquelle on peut après tout discuter, on peut discuter cette disposition de la loi wisigothorum.

Nous avons d'autre part une disposition pas plus claire de la loi des Burgondes (83, I, 2) qui nous

La loi des Burgondes dans une

disposition visant la possession intérieure, paraît supposer le droit de propriété et sa sanction civile

dit: "quiconque reconnaît une chose ou un esclave comme étant à lui, devra recevoir du possesseur un fidéjusseur solvable, et s'il n'accepte pas le fidéjusseur proposé, il aura la possibilité de reprendre la potes-tas sur la chose qu'il a reconnue".

Voilà donc l'hypothèse: quelqu'un reconnaît sa chose, il va y avoir procès à ce sujet, et celui qui a reconnu sa chose doit exiger du détenteur de cette chose un fidéjusseur solvable qui promettra de payer s'il le faut la valeur de l'objet, s'il ne lui remet pas. S'il n'y a pas de fidéjusseur solvable, il prend la détention de la chose en attendant l'issue du procès. Ici c'est quelque chose qui est bien plus près du régime de propriété, nous avons un fidéjusseur pendant qu'on va plaider au sujet de cet objet, quel qu'il soit, et si nous n'avons pas de fidéjusseur nous allons lui donner la possession provisoire. Cette possession provisoire, remarquez que ce n'est pas la preuve que nous avons une véritable revendication civile, parce qu'il faudrait savoir à l'occasion de quoi ceci va se produire; mais nous avons tout de même une disposition sur la possession qui nous mène bien vers quelque chose qui est du droit de propriété, qui est une sanction de la propriété, en dehors d'une idée pénale.

Vous voyez, je vous ai cherché tous les textes les plus favorables à l'existence d'une revendication, je n'ai rien trouvé de bien net et par conséquent nous pouvons conclure que même en matière de meubles nous n'avons pas une véritable revendication civile, et c'est donc que nous n'avons pas une idée nette du droit de propriété. Et ceci est d'autant plus grave qu'il s'agissait de la revendication en matière de meubles, or, les meubles sont un objet de propriété privée, dès l'époque ancienne antérieure aux invasions barbares. Et si, par conséquent, les Germains n'ont pas dégagé un système de revendication même pour les meubles, vous pensez bien qu'à fortiori ils n'en ont pas dégagé un pour les immeubles, et que par conséquent, si on n'a pas eu une vraie sanction de la propriété, c'est que nous n'avons pas eu une conception bien dégagée de la propriété.

Les immeubles.

Aucun système de revendication des immeubles.

Je ne vous étonnerai pas en vous disant que pour la revendication des immeubles nous avons moins encore de dispositions que pour la revendication des meubles et ceci est assez facile à comprendre: d'abord la propriété des meubles est une institution ancienne des Germains, la propriété des immeubles est au contraire quelque chose de récent, par conséquent le temps a

manqué pour prendre des dispositions nombreuses sur cette question.

Ensuite, on s'occupe surtout du vol et le vol des meubles est infiniment plus réalisable évidemment que le vol des immeubles, forcément les dispositions sont plus rares. Cependant il y a eu des immeubles possédés par des Gallo-Romains et des immeubles possédés par des Francs. (en prenant le terme vulgaire pour éviter d'employer un terme technique) Ils ont eu des immeubles, ceci est bien certain, quand ce ne serait que par le jeu de l'hospitalitas. On connaît ce jeu de l'hospitalitas, en vertu duquel les barbares, Francs, Wisigoths ou Burgondes, se sont considérés comme des laeti, comme des soldats de Rome et ont réclamé, lorsqu'ils se sont installés quelque part, le droit d'hospitalitas, le droit au logement, qui était la règle commune pour tous les soldats de l'empire, qu'ils soient légionnaires ou laeti. Et, en vertu de ce droit d'hospitalitas, le soldat reçu chez l'habitant avait droit tantôt à la moitié, tantôt au tiers, tantôt aux deux tiers des fruits, des produits de la terre de l'individu qui les recevait. Les Burgondes ont reçu un tiers des terres, les autres ont reçu davantage, la moitié ou deux tiers. Et comme tous ces Germains sont restés d'une façon définitive sur le sol, on est arrivé en fait à une espèce de partage du sol, une partie est restée la propriété des Gallo-Romains et une autre partie a été tenue d'une façon durable par les Barbares.

Malgré ces partages on ne trouve que des dispositions très rares dans les lois barbares concernant la protection de la possession immobilière

On ne réprime que le délit de la prise de possession par violence

L'idée pénale n'était pas

Par conséquent, il y avait là évidemment une certaine possession immobilière qui aurait dû être protégée. Eh bien, en réalité, nous n'avons sur la protection des immeubles que des dispositions tout à fait fragmentaires, dans les différentes lois barbares, des dispositions tellement fragmentaires qu'on est obligé de compléter les textes les uns par les autres pour arriver à découvrir quel pouvait être le système de protection de ces terres.

On s'est ici encore surtout occupé de réprimer les délits et à peu près tous les textes que nous connaissons visent la terre possédée malo ordine. Il y a presque toujours une idée de répression de délit, et surtout ce qu'on a réprimé c'était la violence, la violence commise par un invasor, c'est-à-dire par un individu qui venait occuper la terre du voisin. Mais on n'est pas arrivé à une véritable protection de la propriété; et si vous voulez, je vais vous en donner un exemple à l'occasion d'un point un peu particulier, assez caractéristique.

Regardez comment à Rome on protégeait contre la dépossession violente. Remarquez que déjà la protection

étrangère aux interdits recuperatoires à Rome

contre la dépossession violente n'était pas la seule à Rome, et que la protection contre la dépossession violente, l'interdit "recuperendae possessionnis causa" est moins nettement une idée de protection possessoire, une idée de défense de la propriété que les interdits "retinendas possessionnis". Déjà quand une idée de violence intervient, de protection contre la violence, nous pouvons encore avoir une idée de protection de la propriété, mais il entre déjà un élément pénal, quelque chose de plus, nous ne sommes plus en présence de la pure protection possessoire.

A Rome, nous avons eu des interdits recuperendae possessionnis, deux espèces d'interdits: l'interdit recuperendae possessionnis unde vi cottidiana, c'est-à-dire contre la violence ordinaire, non accompagnée de manifestation brutale, non accompagnée d'armes, de prise de possession la nuit; il exigeait pour pouvoir être appliqué que le possesseur dépossédé ait possédé nec vi ne clam nec precario, et de plus, il devait agir dans l'année. Cet interdit là a évidemment pour but de protéger la propriété puisqu'on exige pour l'accorder des conditions, c'est l'interdit possessoire pur.

L'interdit recuperendae possessionnis unde vi armata est différent, il vise le cas où on a été dépossédé par une troupe armée de nuit, etc... dans des circonstances aggravantes qui constituent un élément délictueux.

Alors ici on n'exige plus aucun délai pour accorder l'action, on n'exige plus du tout que le possesseur antérieur ait possédé nec vi nec nec clam preclaro, on accorde cet interdit dans tous les cas.

Cet interdit a donc une double fin: évidemment la protection de la possession et de la propriété, mais aussi le rétablissement de la situation antérieure troublée par un acte de violence. Il entre donc déjà ici comme un élément d'idée de police, d'idée de répression, de rétablissement d'un état troublé par la violence, par conséquent ce n'est plus la protection possessoire absolument pure.

Les Romains ont connu à côté de ces interdits purs, des actions pénales, mais ils ont distingué les deux. Ils ont eu l'action vi bonorum raptorum qui date de 678 de Rome, fut créée par l'édit du préteur Lucullus, et avait pour fin, celle-là de punir la dépossession violente. Ici, le but principal est un but précis.

Nous avons eu d'autre part deux leges Juliae, la lex Julia de vi privata et la lex Julia de vi armata. La première visait le cas de violence sans armes et elle punissait de la confiscation celui qui avait pris la chose d'une façon violente, sans se préoccuper de savoir s'il était propriétaire légitime ou non.

A côté de la protection par les interdits, les romains ont comme un système de répression de la violence par voie d'action ordinaire, et par la voie criminelle

Action purement pénale. Et, dans l'action de vi armata, non seulement il y avait confiscation, mais même peine capitale (ce qui ne veut pas dire peine de mort) contre celui qui avait accompli l'acte de violence. Donc, mesures qui ne sont plus possessoires, qui sont pénales.

Les barbares ont abandonné la protection possessoire, ne concernant que les mesures pénales de répression de la violence.

Les lois barbares semblent s'inspirer des leges Juliae de vi, mais ignorent les interdits

L'abandon de la protection possessoire montre que les barbares n'avaient pas une idée définie de la propriété

Regardons parmi ces dispositions destinées à réprimer la dépossession violente, regardons celles que les barbares ont conservées, et vous verrez qu'ils ont perdu tout ce qui était protection de la possession, pour ne conserver que ce qui était punition d'une faute, d'un délit. Le bréviaire d'Alaric qui vise les Gallo-romains, qui est un essai de résumé de ce qu'on sait encore du droit romain pour l'appliquer aux Gallo-romains, le bréviaire d'Alaric parle uniquement de la lex Julia de vi armata, ou un peu de la lex Julia de vi privata, il n'a presque aucune disposition sur les interdits, et il n'a plus aucune disposition sur les interdits retinendae possessionis, si ce n'est pour le colon, mais c'est la seule disposition

Les lois ripuaire et bavaroise, le capitulaire de Pavie, la plupart des lois barbares que nous avons parlent de la violence, punissent la violence et la punissent d'une façon qui ressemble aux dispositions des leges Juliae. Il semble donc que ces lois barbares se soient inspirées des leges Juliae des Romains pour les appliquer aux Barbares, mais ce qu'ils en ont retenu ce sont ces leges Juliae, ce ne sont pas les interdits, il n'y a rien qui les rappelle

Ceci paraît être assez caractéristique, vous voyez, ce qui était protection de la possession ou de la propriété, ils l'ont laissé de côté, ils ne l'ont pas compris, cela ne correspondait pas chez eux à une idée suffisamment nette de la propriété pour qu'ils la conservent exclusivement. Au contraire, tout ce qui était répression d'un délit de violence correspondait à leur état d'esprit, ils le comprenaient, ils l'ont adopté et appliqué. Cela me paraît caractéristique.

Nous avons dit qu'à propos de cette question de la propriété des Barbares, nous parlerions des méthodes d'acquisition de la propriété et qu'il n'y avait qu'une saisine pas très précise, des sanctions et que nous n'avions pas nettement la sanction de la propriété, et qu'en conclusion, nous montrerais qu'ils n'étaient pas arrivés à une idée bien nette de la propriété.

Il est évident que, après ce que nous avons dit, il suffirait presque d'affirmer qu'ils ne sont pas arrivés à une idée bien nette de la propriété. Mais

il est possible d'apporter sur le terrain doctrinal quelques précisions pour montrer qu'ils n'ont pas eu cette idée bien nette de la propriété.

Les barbares ont connu la propriété. Ils n'ont pas su en dégager le concept.

En effet, ils ont eu la propriété, donc ils l'ont connue, mais ils ne l'ont pas nettement dégagée, ils n'en ont eu qu'une conception vague. On comprend la différence qu'il y a entre les deux: avoir un régime de propriété privée est une chose, l'avoir nettement dégagée, présentée en doctrine en est une autre. Et ce qui nous montre qu'ils ne l'ont pas nettement dégagée, c'est qu'ils n'ont pas nettement distingué la propriété de la possession et qu'ils n'ont pas nettement distingué la possession des autres modes de jouissance d'une chose.

Aucune distinction n'est faite entre la propriété et la possession. La possession est inconnue dans les lois barbares

Avantages de la possession: usucaption et position favorable au procès pétitoire. Or ces deux avantages sont inconnus des barbares: 1°) pas de prescription acquiseitive

2°) Le possesseur n'a pas une situation privilégiée dans le procès: c'est lui qui doit, chez les Barbares, faire la preuve

Il n'ont pas distingué la propriété de la possession. Je peux même dire plus: l'idée de la possession est une idée qui est complètement étrangère aux lois barbares; en effet, la possession, qu'est-ce que c'est pour nous qui avons été façonnés à l'école romaine et avons dégagé l'idée de la propriété ? La possession, c'est une sentinelle avancée de la propriété. Mais, d'autre part la possession a deux buts principaux : 1°) rendre possible l'usucaption, et 2°) rendre défendeur dans un procès celui qui possède. Ce sont bien là les deux effets les plus importants de la possession. Or, ces deux idées là sont inconnues des lois barbares, l'usucaption n'existe pas, je vous l'ai dit, vous vous en souvenez, je vous ai dit qu'il y avait eu des prescriptions extinctives, mais non pas des prescriptions acquisitives, ils ont eu une prescription extinctive d'un an et ils ont eu une prescription extinctive de trente ans empruntée aux Romains, pas de prescription acquisitive. Donc, voilà un des vôtés les plus importants de la possession qui n'existe pas.

D'autre part, le possesseur doit être bien entendu défendeur dans un procès, c'est un des gros avantages, même, de la situation de possesseur.

Eh bien, regardons les textes de l'époque franque, vous verrez que l'idée d'être défendeur dans un procès leur est tout à fait inconnue. Voici en effet une formule de Tours (formule 39) qui est assez caractéristique. Il s'agissait de l'hypothèse suivante: un individu vient devant une juridiction abbatiale pour lui demander le bien, la terre qui est tenue par un autre malo ordine. Voici la rédaction de la formule qui doit être faite du procès-verbal, du jugement que doit rendre cet abbé: "Celui-ci ayant été interrogé (celui-ci c'est le défendeur, le possesseur) devant ces hommes qui composent le tribunal de l'abbé, a dit dans ses réponses que cette hérédité qu'on lui réclame, son père ou quelque autre parent la lui a laissée à lui. et

qu'il le tient conformément à la loi, et qu'il le tenait déjà, et qu'il était à lui conformément à la loi. Et alors ceux-ci (c'est-à-dire les juges) ordonnent à cet homme (à ce défendeur) que, après tant de nuits, se qui fait tel jour, que à telle date, avec tant d'hommes, un certain nombre de co-jureurs et lui-même, de sa propre main, qu'il vienne dans telle basilique et que là ils jurent ensemble que pendant trente ans, lui et ses parents de qui lui vient cette terre héréditaire, ils l'ont toujours connue et que pendant ces trente ans elle était due, à lui, plus qu'à celui qui réclame. Si, il peut à cette date faire le serment avec les cojureurs, sans aucune possibilité de répétition, la terre sera à lui d'une façon définitive et toujours. Si il ne peut pas venir avec ses cojureurs, alors il aura à demander, à donner satisfaction conformément à la loi".

Par conséquent, nous avons ici un individu qui est possesseur, on lui réclame la terre qu'il possède, et la juridiction d'une façon normale - puisque nous avons affaire non pas à un acte particulier, mais à une formule - estime que c'est à celui dont on se plaint, que c'est au possesseur de faire venir des cojureurs et de prouver qu'il possède légitimement la terre.

Ce texte là n'est pas un texte isolé; dans le recueil des textes de l'époque franque de M. Thévenin, j'ai trouvé six textes sur le même sujet. Par conséquent, vous voyez, on peut dire que, peut-être d'une façon habituelle, en tout cas d'une façon extrêmement fréquente, c'était au possesseur de prouver qu'il possédait légitimement. C'est vous dire que l'idée de la possession n'exista pas dans ces lois franques.

Les Barbares
ont confondu
les diverses
formes de jouis-
sance de la
terre

Sens très large
du mot vesti-
tura s'appli-

Voilà donc déjà un côté très important de la propriété qu'ils n'avaient pas dégagé, la possession. Mais, ce n'est pas tout: non seulement ils ne sont pas arrivés à dégager l'idée de possession, mais ils ne sont même pas arrivés à distinguer la propriété des autres causes de jouissance de la chose, ils ont confondu toutes les formes possibles et imaginables de jouissance d'une chose, c'est ainsi que M. Champeaux, dans sa thèse sur la saisine a une vingtaine de pages dans lesquelles, avec des textes vraiment indiscutables, il montre que ces expressions, vestitura, saisine et tenure étaient synonymes, et qu'elles servaient à désigner toutes les formes de jouissance que l'on pouvait avoir sur les choses, que ce soit la propriété ou que ce soit une tout autre forme de saisine, que ce soit une tout autre forme de jouissance. Le mot vestitura, par exemple, sert incontestablement à désigner la situation du propriétaire, la possession.

quant à la "pos-
session" du pro-
priétaire comme
à celle de l'es-
clave

Je me sers de ce mot sans lui donner un sens technique.
Tous ceux qui ont la chose vestitura, cela veut dire avoir dans le sens le moins précis du mot, avoir une chose. Eh bien, ce mot vestitura sert à désigner la situation que nous appellerions aujourd'hui celle du propriétaire, mais elle sert aussi à désigner la situation combien éloignée de celle du propriétaire, que peut avoir un esclave sur les biens qu'on lui abandonne.

Voici, par exemple, une formule de l'époque fran-
que: "Je vous livre, je vous fais tradition de mon es-
clave avec ses vêtements et avec toutes les choses
dont il a vestitura". Le même mot, vous voyez, que pour désigner le propriétaire.

Voilà encore une autre formule: "Je donne à mon esclave telle chose avec toutes les choses de son pé-
cule dont il a la vestitura".

Le mot vestitu-
ra s'applique
même au préca-
riste

Le mot vestitura sert à désigner la situation du propriétaire, elle sert aussi à désigner la situation du précariste: "Moi,.....je livre tout ce que j'ai à titre précaire pour toute ma vie durant, pour chaque année de ma vie, Si Dieu me donne un fils que celui-ci ait la vestitura des biens que je tiens à titre précaire; et si ma mère me survit, alors qu'elle elle soit vestita de ce que j'ai à titre précaire".

Vous voyez la confusion, on n'a pas de termes pour distinguer la situation du propriétaire de celle du détenteur à titre précaire, ou de celle de l'esclave qui peut avoir la jouissance d'une chose. Le mot vestitura sert donc à désigner tous les cas d'usus, si vous voulez, sur une chose. On ne s'élève plus à l'idée d'abusus, on ne cherche plus à savoir pourquoi quelqu'un à l'usus d'une chose, et quand on veut distinguer les différentes espèces de vestitura, alors on se demande quel est l'animus de cette vestitura. Le corpus est toujours le même, le corpus est toujours la même détention, qu'il s'agisse d'un esclave précariste ou d'un propriétaire. On se demande quelle est la cause de cette détention, et cette cause aura pour résultat de faire que le droit sera à terme ou sans terme, sera plus ou moins étendu. Evidemment, avec cet animus, on arrive à distinguer la propriété des autres droits réels, mais enfin c'est une distinction qui est tout de même faite sur le même plan, on distingue la vestitura plus étendue du propriétaire de la vestitura moins étendue d'un précariste, mais il n'y a pas une différence essentielle et foncière entre les deux.

Seul l'animus
peut permettre
de distinguer
les "vestituras"

Les différents
droits n'expri-
ment que les mo-
dalités d'un
droit unique à
durée variable
Source : BIU Cujas

Tout ceci est fort bien exprimé par Heuler dans ses Institutiones (p. 7): "Plus nous arrivons à l'idée que les différents droits réels paraissent être différents, être de différents degrés d'une même expression fondamentale, que nous pouvons désigner comme étant

le droit de puissance sur les choses, nous avons un droit de puissance sur les choses et nous avons des degrés dans cette puissance sur les choses. Avoir un droit, une chose en son pouvoir c'est avoir un droit appartenant *perpetuum*, ou un droit à une résolution, ou à une condition et les différences que nous rencontrons plus tard, les droits de propriété, de douaire, de gages, etc... n'expriment que les modalités d'un droit unique".

La formule est très heureuse "les modalités d'un droit unique". Tous les droits des choses nous apparaissent comme faits d'une même étoffe dans laquelle les ciseaux des conventions découpent des quantités différentes. L'image est peut-être un peu étrange, elle est assez caractéristique, elle est assez exacte. On ne distingue pas, fondamentalement les différents usus qu'on peut avoir sur les choses, on fera simplement des différences dans la durée ou dans l'étendue de cet usus sans qu'on ait nettement distingué la propriété des autres causes de jouissance.

Il serait exagéré de dire que les Barbares n'ont pas connu la propriété; néanmoins le mot "proprietas" employé souvent dans les textes ne correspond pas à une notion précise.

Nous n'arrivons donc pas à donner une formule précise et tranchée. A vouloir donner une formule précise et tranchée, nous risquerions de fausser complètement tous les textes, mais ce que nous avons dit donne assez exactement cette impression qu'on dégage de cette vue d'ensemble, c'est qu'on ne peut pas distinguer, c'est que nous essayons de mettre des catégories là où il n'y en a pas, c'est que nous allons presque trop loin en disant qu'il n'y a pas de droit de propriété; cette négation, elle-même, est dans certains côtés une affirmation qui dépasse l'état d'esprit de ces gens là qui n'ont pas dégagé la propriété, mais on ne peut pas dire qu'ils ne l'ont pas connue, ce serait trop dire, tout cela est resté dans un certain vague, et ce n'est que plus tard qu'on distinguerà la propriété et d'autres catégories de jouissance. Et il y a des textes, il y en a des quantités, mais des textes de la pratique, dans lesquels le mot proprietas revient, il y en a des masses, vous en trouverez beaucoup, et ce mot proprietas chaque fois il aura quelque chose qui sonne faux, une saveur romaine, une saveur de plaqué, et ce n'est pas le fond de la chose; le mot y est, mais il a une précision trop grande dans ce texte, ce n'est jamais net.

Les différentes situations se fixeront en coutume en dehors des cadres romains. Ces situations auront là les situations économiques successives devaient se

Dans ces conditions un système comme celui-là n'est pas arrivé, on le comprend, à une idée bien précise de la propriété, n'est pas arrivé à distinguer les différentes espèces d'ensaisinement ou de vestitura. Un système comme celui-là devait être prodigieusement sensible aux faits, dans un système comme celui-ci les situations économiques successives devaient se

créé la règle juridique.

La propriété sera une anomalie; l'alleu sera un accident

L'évolution aura fixé les formes avec la renaissance du droit romain. Celui-ci apportera un vocabulaire romain.

Le concept romain de la propriété ne correspondra jamais avec le droit coutumier

prolonger et durer, et le jour où nous arriverons à un droit coutumier, toutes ces situations économiques particulières ou successives deviendront forcément le droit. Le fait va devenir le droit, et alors le droit sera un droit dans lequel on arrivera évidemment à distinguer le douaire de la propriété, on arrivera à distinguer le fief de l'alleu ou de la censive. Ces distinctions là se feront, mais nous aurons toujours entre tout cela des côtés communs, et, par conséquent, il ne faudra pas s'étonner de voir, par exemple, le même ensaisinement servir au fief ou servir à l'alleu, à la transmission du fief ou de l'alleu. Il ne faudra pas s'étonner de voir qu'un jour on sera presque surpris de l'existence de la propriété, absolument indépendante, tout à fait dégagée de l'alleu, de la propriété avec ses formes gravées, ses formes à relief du droit romain. Cela paraîtra étonnant, on ne le comprendra pas, et ce qui surprendra ce sera l'alleu, parce qu'on sera habitué à ces systèmes à demi-teintes, et l'alleu apparaîtra comme quelque chose de surprenant et qu'on voudra faire disparaître.

Voilà ce qu'il importait de dire sur cet apport germanique, sur cette ambiance germanique dans laquelle va avoir à se développer l'histoire du droit de propriété dans le droit français. On voit à quel point nous sommes dans un milieu plastique, sensible à toutes les évolutions possibles, et vous voyez ce qui devient important, c'est beaucoup moins une doctrine que l'histoire des faits eux-mêmes qui vont dégager la doctrine.

Nous ne partons d'aucun a priori, et vous comprenez que le jour où une renaissance du droit romain se produira, cette renaissance, dans toute la mesure où elle pénétrera faussera et que, par conséquent, il faudra nous méfier du droit romain et que nous aurons jusque dans Pothier, remarquez-le bien, un langage romain, et derrière une conception qui ne sera pas romaine.

Après avoir indiqué quelle était l'ambiance germanique, il convient de voir comment on est passé de cette ambiance germanique à la féodalité du XIII^e siècle, féodalité sur laquelle les glossateurs allaient travailler pour essayer de réintroduire tout au moins un vocabulaire romain.

PASSAGE DU MONDE GERMANIQUE A LA FEODALITE

DU XIII^e siècle.

Pour étudier ce passage, il faudrait beaucoup de temps et nous devons sacrifier certaines parties. Celle-ci sera une partie dont nous ne parlerons que pour rappeler quelques souvenirs de licence, de façon à ce qu'il n'y ait pas de rupture trop nette entre les différentes parties du cours.

Après avoir rappelé quelle est l'ambiance historique dans laquelle les institutions se sont développées, nous dirons quelques mots des institutions de propriété foncière de l'époque franque qui ont donné le fief ou la censive; enfin je vous rappellerai d'un mot l'existence de l'alleu, le fief et la censive.

Toute idée d'organisation politique a disparu à la fin du monde antique. La propriété entraîne le pouvoir politique chez les Gallo-romains

Les Francs n'ont pas d'organisation politique.

Chez les Francs pas de sujets, des fidèles

Le roi propriétaire du regnum

Mais d'abord, quelle est l'ambiance historique, comment pourrait-on la définir ? On peut dire qu'en part de ceci: c'est un milieu dans lequel, on n'a plus aucune espèce de sens politique; les Romains y ont bien la propriété foncière, nous l'avons vu, mais nous avons vu à quel point ils ont oublié toute espèce d'organisation politique, puisque cette propriété foncière finit par s'adjudiquer un certain nombre de droits régaliens, et que c'est la propriété, la villa qui devient comme la cellule sociale, je dirais presque la cellule politique de ce monde gallo-romain. Donc, plus aucune espèce d'idée d'organisation politique.

Chez les Francs, pas plus d'idée d'organisation politique, peut-être même encore moins; les Gallo-romains étaient en insurrection contre une organisation, les Francs n'avaient même pas l'idée d'une organisation politique, chez eux les individus se groupaient et se dégroupaient au hasard, sans autre pensée, sans autre préoccupation que le butin. Les petits rois francs avaient derrière eux des hommes pour aller piller, et quand un roi voisin apparaissait comme plus capable de faire des razzia on allait à lui. Le roi n'avait pas plus d'idée politique que ses sujets; le roi se considérait comme un chef de bande, il estimait qu'il devait à ses guerriers, à ses fidèles, et non à ses sujets (le mot sujet vous ne le trouverez nulle part, vous trouverez le mot fidèles, c'est-à-dire l'homme qui a fait un serment personnel de fidélité au roi, serment qu'on violera, qui est tout de même le seul lien), ce roi, il se considère comme le propriétaire de son regnum et il partage son regnum tel un champ entre ses enfants.

Ce roi a tellement peu l'idée d'une organisation politique que s'il maintient les impôts encore exis-

tants au moment de la conquête franque, il le fait pour se procurer de l'argent; mais il a tellement peu l'idée d'une organisation politique qu'il se dit qu'en prenant vraiment des impôts, il vole ses sujets ! Et c'est ainsi que Chilpéric a fait refaire le cadastre, et après, le hasard a voulu que deux de ses enfants et que la reine soient tombés malades: "C'est le ciel qui me punit, dit-il, pour avoir fait refaire le cadastre et rendu possibles les perceptions d'impôts". Vous voyez à quel point il avait l'idée d'une organisation politique !

L'organisation de fait, ce qui avait été une organisation purement de fait, est plutôt aristocratique. Les Gallo-Romains, inutile de le dire, avaient une organisation absolument aristocratique, les Francs avaient une organisation analogue. On connaît leur système de comitatus, de compagnonage: le roi avait autour de lui un certain nombre de comites, de compagnons. Ceux-ci devenaient comme une aristocratie, parce que le roi leur donnait une part du butin plus grande qu'aux autres; ces comites avaient eux-mêmes, derrière eux, un certain nombre d'individus. Organisation tout à fait aristocratique. A ces individus, les compagnons donnaient eux-mêmes un peu du butin, par conséquent, nous avions là une certaine hiérarchisation. Là-dessus est venu le jeu de l'hospitalitas qui a comme fixé cette organisation aristocratique.

Pendant la période mérovingienne il y a une prospérité relative qui était due surtout à la disparition des impôts, à la disparition de l'administration romaine. Seulement cette période ne devait pas durer longtemps, pour plusieurs causes. D'abord, cause économique, peut-être importante, que certains historiens considèrent comme extrêmement importante. D'après M. Pirenne il y aurait une période de véritable prospérité sous les Mérovingiens et une période de misère sous les Carolingiens, et la cause de cette misère aurait été la fermeture du bassin de la Méditerranée par les conquêtes arabes: les Arabes, en supprimant le commerce méditerranéen, en installant la piraterie auraient mis fin au monde antique qui aurait connu une reprise de prospérité après l'effondrement de l'empire d'occident.

Et puis, autre cause, incontestablement: les rois francs avaient besoin pour avoir des sujets fidèles de leur faire des cadeaux, et les rois francs ont eu, semble-t-il, le tort de faire des dons de terres, de terres du fisc impérial à leurs fidèles en pleine propriété, si bien que le jour où toutes ces terres ont été données, ils n'ont plus rien eu à donner et que les fidèles n'ont plus eu aucune espèce de raison de ne

Organisation aristocratique des Francs : le Comitatus

La fermeture du marché méditerranéen par suite des invasions arabes entraîne la chute économique de l'Europe occidentale

Les distributions de terres par les rois et leurs conséquences désastreuses

*pas être infidèles.

Nous avons eu, d'autre part, incontestablement, des insurrections de fidèles qui cherchaient à mettre aux enchères leur fidélité, leur service aux différents princes de la maison mérovingienne.

Nous avons eu aussi une autre cause de ruine, c'est la mauvaise gestion des comtes. Il est bien certain que les comtes à la fin de l'époque mérovingienne étaient de véritables brigands. Grégoire de Tours cite un comte de Troyes qui était un ancien esclave de race germanique et qui s'est conduit comme un bandit.

Tout cela était évidemment une cause d'effondrement.

A ce moment là, les Carolingiens sont arrivés au pouvoir, et ils ont peut-être connu une période de prospérité, parce que eux avaient des terres, ils ont pu en distribuer à leurs fidèles. Ensuite, certains d'entre eux, Charles Martel en particulier, a eu l'idée de distribuer à ses fidèles les terres des Eglises: il partageait généralement en deux les biens des Eglises, une partie restant à l'Eglise et l'autre étant donnée à ses fidèles. C'est évidemment une cause de puissance pour eux.

Enfin il y a eu l'énergie de Charlemagne qui a amené une période de prospérité. Il a surtout cherché à faire trois choses: il a cherché, sans du reste y parvenir, à donner à la royauté un caractère nouveau, à faire du roi franc non plus un propriétaire de son royaume, mais une sorte de fonctionnaire, un individu ayant une fonction sociale à remplir, si bien que, petit à petit, tardivement, bien après Charlemagne ou Louis le Débonnaire, même après Charles le Chauve, on finira par arriver progressivement à un roi élu et unique, au lieu du partage entre les enfants. Si cela c'était produit plus tôt, c'aurait été une cause de redressement.

Charlemagne ensuite a multiplié les assemblées populaires, de façon à redonner un peu de cohésion à toute cette société franque.

Enfin il a envoyé des missi pour surveiller ses comtes et ses fonctionnaires d'une façon générale.

Donc, trois choses, qui auraient pu donner une prospérité plus grande, mais ces trois objets distincts n'ont été atteints que très incomplètement, très imperfectement. D'abord, le roi Charlemagne lui-même a encore partagé son royaume entre ses fils! Louis le Débonnaire a succédé seul parce qu'il s'est trouvé le seul survivant; il a fait ces fameux partages que vous connaissez. De ce côté là, le résultat n'est venu que trop tard.

Après la mort de Charlemagne les assemblées deviennent un foyer d'anarchie

Charlemagne
dresse l'immunité contre le comte.

Le comte perçoit les impôts, les droits de justice, et conduit les hommes à la guerre.

Contre les comtes, agents fiscaux et judiciaires va renaitre la pratique des immunités

Les assemblées, évidemment ont été réunies d'une façon plus fréquente et elles sont devenues un organe législatif à peu près régulier avec Charlemagne; mais bientôt, les proceres de ses assemblées ont cessé d'obéir, et à l'époque de Charles le Chauve, par exemple, ces grands n'obéissaient plus du tout, et ces assemblées étaient peut-être pour eux une occasion de constater plus nettement qu'ils étaient omnipotents et qu'il n'existe plus d'autorité centrale. C'est devenu une cause presque négative après avoir été une cause positive.

Et enfin, quant à la poursuite contre les comtes, Charlemagne et ses premiers successeurs ont fait trois choses: ils ont essayé de faire surveiller les comtes par les missi. C'était très bien. Mais ils ont encore essayé d'autres procédés: ils ont voulu diminuer l'autorité des comtes en créant un système d'immunité, c'est-à-dire en donnant à un certain nombre de grands propriétaires des attributions qui contrebalaçaient la puissance régaliennes des comtes. Ils ont ensuite essayé pour diminuer aussi peut-être l'autorité des comtes en partie, pour cela multiplier le système des commandations.

L'immunité. - Les comtes et leurs vicarii étaient évidemment de mauvais administrateurs, et, par conséquent, il y avait tout naturellement tendance à leur retirer dans la mesure du possible leurs attributions les plus importantes qui étaient au nombre de trois: perception des impôts; depuis Charlemagne, la justice, car depuis cette époque là ils sont devenus présidents du mallum, jusque là ils ne l'étaient pas; enfin, conduite des hommes à la guerre. Et c'étaient surtout les deux premiers objectifs, impôts et justice, qui étaient leurs principales attributions, et celles qu'ils remplissaient le plus mal; ils mettaient les impôts dans leur poche et les frais de justice également.

Par conséquent, on a été tout naturellement amené à tâcher de conserver, ou même de faire renaître la pratique romaine de ces immunités dont je vous ai déjà parlé. Les terres du fisc étaient soumises à un procurator qui jouissait de l'immunité fiscale, et même en fait de l'immunité judiciaire. Je vous ai dit aussi qu'un certain nombre de particuliers avaient reçu des immunités fiscales et s'étaient arrogé des immunités judiciaires. Ces pratiques ont été continuées. Les villas royales héritières des villas fiscales, ont à leur tête un vicaire, vicarius, jugeant les habitants de la villa.

D'autre part, on voit d'assez bonne heure les rois faire des remises d'impôts. En 590, Childebert

remet tous les impôts possibles et imaginables à tous les clercs et religieux d'Auvergne.

Et puis alors, les immunités véritables, c'est-à-dire l'interdiction aux officiers royaux, aux judices royaux de pénétrer sur la terre d'un certain propriétaire, ces chartes d'immunités commence à apparaître en 635. Le 18 juillet 635 une charte d'immunité est accordée à l'abbaye de Saint-Denis qui lui concède une villa royale avec l'immunité, sans qu'on se demande du reste si les terres étaient ou n'étaient pas antérieurement la propriété du roi, et on donne l'immunité la plus complète.

Cette pratique de l'immunité est devenue extrêmement fréquente puisque entre 635 et 840, Kreull a relevé 223 actes authentiques d'immunité.

Ces immunités avaient généralement un double objet: leur but principal était d'interdire aux judices royaux de pénétrer sur un domaine ou pour percevoir les impôts ou pour saisir les justiciables.

Les formules de Marculf prouvent que la concession d'immunité est de pratique courante

La formule la plus caractéristique de l'immunité Marculf (livre I, § 3) qui nous dit à peu près ceci: il s'agit d'une concession qui est faite d'après la formule de Marculf aux biens ecclésiastiques, mais qui peut être faite aussi à tous autres personnages. Il y a là un premier enseignement qui nous dit que le plus souvent c'était fait au profit de l'Eglise, mais il y en a eu au profit des laïcs. Ensuite, on déclare que ceci peut être fait, que cette immunité peut être accordée ou à une terre qui vient d'être donnée par le roi, ou à toutes les terres que le bénéficiaire possédait déjà, possède actuellement ou possédera à l'avenir. On voit donc ici les deux types d'immunités: immunité qui accompagne la concession/d'une villa royale et qui est plutôt un maintien du statu quo, ou alors l'immunité accordée à un homme pour tous les biens que cet homme possède ou possédera à l'avenir. Et quand c'est fait à une église, et ici, dans la formule, on le spécifie, c'est accordé non seulement à l'évêque ou à l'abbé actuellement vivant, mais à tous les successeurs de cet évêque ou de cet abbé, mais à tous les successeurs éventuels de cet évêque ou de cet abbé.

L'immunité peut être accordée aux terres concédées par le roi, et même à des terres privées

L'immunité est accordée à perpetuité à l'Eglise

L'immunité entraîne interdiction pour les agents du roi de pénétrer sur les terres de l'immuniste

Dans l'immunité, on exige d'abord et surtout l'interdiction à tous les judices, c'est-à-dire à tous les fonctionnaires du roi de pénétrer, pour quelque motif que ce soit, sur le domaine, que ce soit par exemple pour percevoir les impôts, ou que ce soit pour réclamer les frais de justice ou que ce soit pour entendre les causes des individus à juger.

Et alors on ajoute ensuite dans la formule de

L'immuniste perçoit tous les droits que le roi peut percevoir: mais les perçoit-il pour lui-même ou pour le compte du roi?

Marculf que l'abbé ou l'évêque pourra percevoir pour le luminaire de l'Eglise - c'est-à-dire pour l'entretien du culte de l'Eglise - pourra percevoir toutes les fraida, tous les impôts, tous les droits quels qu'ils soient, que l'autorité royale aurait pu percevoir sur les esclaves ou sur les hommes libres du domaine, soit sur les hommes vivant quelle que soit la nation à laquelle ils appartiennent, vivant sur le domaine, même s'ils ne sont pas employés par l'évêque ou l'abbé.

La formule est très large: tout ce qu'il pourra percevoir sur tous les individus qui vivent à un titre quelconque à l'intérieur des limites de l'abbaye, tout ce que ces individus là pourront devoir sera remis à l'abbé pour le luminaire de l'Eglise.

On prévoit ensuite une pénalité sévère contre les judices qui, malgré cette charte royale, se permettraient d'entrer.

Voilà quelle est la disposition de cette formule de Marculf, formule dite de l'immunité. L'immunité est accordée le plus souvent à l'Eglise, elle peut l'être à des laïcs; elle peut être accordée à l'occasion d'une concession de terre royale; elle peut être accordée pour toutes les terres que l'individu peut posséder.

Cette concession interdit de pénétrer toujours, dans tous les cas pour percevoir les impôts ou pour administrer la justice.

Elle ajoute que l'abbé pourra percevoir tout ce que le roi aurait pu percevoir au profit de l'Eglise, et alors la question évidemment peut être posée: est-ce que ceci est de l'essence de l'immunité ? Est-ce que l'immuniste pourra toujours percevoir pour lui tout ce que le roi aurait pu percevoir ? Il est incontestable que les judices du roi ne pourront jamais pénétrer, et que ce sera toujours l'immuniste qui aura à toucher cet argent, à toucher tous ces profits, mais est-ce qu'il les gardera pour lui toujours, même si c'est un laïc ? Ou est-ce qu'il pourra être contraint de le remettre à l'autorité royale ? Ceci n'est pas très nettement précisé, ceci ne fait pas partie, si vous voulez, de l'essence même de l'immunité. A peu près toujours, lorsque c'était un ecclésiastique qui recevait l'immunité, on remettait à l'Eglise le profit mais lorsque c'était un laïc, cela pouvait l'être, cela ne l'était pas d'une façon tout à fait indispensable, on pouvait concevoir une immunité dans laquelle il y aurait interdiction de pénétrer avec tout de même l'obligation de remettre au roi quelque chose.

D'autre part, les textes ne sont pas très précis non plus au point de vue judiciaire. Au point de vue judiciaire, évidemment on ne peut pas pénétrer pour

L'immuniste devient président du mallum pu-

blic, et ainsi, sans changement dans l'organisation judiciaire les juges se trouvent peu à peu dessaisis de la justice

juger les hommes, pour les saisir ou pour entendre les causes. Cela c'est hors de doute. Mais qui va les juger ? Est-ce que l'immuniste sera tenu de conduire les hommes au mallum public se trouvant en dehors de son domaine ? Ou bien, est-ce qu'il devra lui-même alors organiser la justice sur sa terre ? Ceci n'est pas absolument précis, et sur ce point du reste il y a des controverses. Depuis les travaux de Gaashoff, on peut croire que les choses se sont en effet passées de la façon suivante : les immunistes sont devenus les présidents du mallum, et le mallum public a continué mais entre les mains de ces immunistes. Et alors, nous aurions là, semble-t-il, l'explication de toutes les particularités qu'on rencontre, de cette impression que les juges ont été dessaisis du pouvoir judiciaire qu'ils possédaient, et d'autre part, de ce fait qu'évidemment on continua à juger comme par le passé.

Parfois il y a appel au tribunal du comte, ou cas réservés au roi.

Ceci explique aussi qu'alors nous ayons eu quelquefois l'appel des décisions ou réserve de certaines décisions aux tribunaux comtaux, car à l'époque carolingienne le mallum du comte a pris une compétence plus étendue que le mallum de la centena ordinaire, et nous avons, particulièrement en France, des appels, des tribunaux féodaux, seigneuriaux aux tribunaux comtaux.

Et nous aurions l'explication aussi de ce fait que ces premières juridictions seigneuriales ressemblent singulièrement aux anciennes juridictions franques.

Sans insister sur cette question, remarquons que l'immunité a une très grande importance puisqu'elle a eu pour résultat pratique, voulu ou non voulu par l'autorité royale, de concéder à un certain nombre de grands propriétaires des droits régaliens, le droit de justice et le droit d'imposition sur les individus du domaine.

Nous avons donc des droits publics qui viennent s'ajouter au droit de propriété, renforcer et magnifier singulièrement ce droit de propriété. Et nous avons, d'autre part, des droits de justice ou des droits d'imposition, des droits régaliens qui deviennent une propriété privée.

Lorsque les immunités se sont produites elles ont eu pour résultat de donner des droits régaliens, non pas seulement à ceux auxquels l'autorité royale l'avait concédé, mais à une quantité d'autres auxquels on ne l'avait pas concédé. Il y a eu des quantités de gens qui, au moment où la pratique de l'immunité s'est introduite se sont révoltés contre l'autorité comtale et ont organisé chez eux la perception des impôts et une justice à leur profit, et la meilleure preuve que

L'immunité aboutit à une concession de droits régaliens à des particuliers

L'immunité résulte souvent d'une usurpation que la faiblesse du pouvoir royal ou de l'autorité comtale ne pouvait éviter

ce phénomène d'appropriation de droits régaliens s'est produite, c'est que Kreull qui signale entre 635 et 842, 123 actes d'immunité en a trouvé pour la même période 63 faux. Parmi ces 63 individus, certains ont du pour expliquer l'immunité qu'ils s'étaient arrogée, fabriquer des chartes entièrement fausses. Tout ceci montre l'importance du phénomène. Et on peut même dire que le phénomène est encore plus important par ces chartes fausses que par ces chartes vraies, plus révélateur de l'ampleur du mouvement qui a dû se produire.

La commandatio apparaît avec le malaise économique.

La commandatio. - La commandatio, c'est-à-dire le fait de se mettre sous la protection d'un individu plus puissant est en pratique extrêmement ancienne, nous l'avons vue à Rome, et nous avons signalé l'institution du comitatus chez les Germains.

Evidemment, cette pratique s'est accrue avec la crise économique. La commandatio a été un peu en léthargie pendant la période mérovingienne; elle va prendre une extrême extension à l'époque carolingienne, au moment de cette crise économique produite, comme je le disais, au moment de la disparition des villes, au moment où les habitants des villes ont été obligés de se réfugier à la campagne. Donc, extrême extension de la commandatio.

Formule de commandatio prononcée par un homme de modeste condition poussé par la misère à se mettre sous la protection d'un dominus

Nous avons eu deux types successifs de commandations: la première commandatio, dans l'ordre chronologique, a été une commandatio de pauvres gens. C'est la commandatio qui nous est décrite par une formule de Tours (formule 44) qui nous dit ceci: "Un tel est venu tel jour devant tel dominus magnificus, et il lui a dit (dans la formule, les deux parlent, pour le moment c'est celui qui commande, c'est le pauvre homme qui parle): comme je n'ai pas de quoi me vêtir et m'entretenir, alors, dans ces conditions là, j'ai dû m'adresser à vous, et j'ai demandé à votre pitié que votre volonté décrète que vous me preniez, que je devais désormais me trouver sous votre main, pour être dans votre commandatio. Et par conséquent, afin que d'après ce que je pourrai vous rendre de services, vous deviez d'après cette proportion me consoler et m'aider dans mon vivre et dans mon vêtement. Et alors, par conséquent, aussi longtemps que je vivrai je devrai être soumis à votre service et à votre obéissance, et je ne pourrai jamais de ma propre autorité me retirer de votre main pour aussi longtemps que je vivrai. Et je serai sous votre main pour toujours, pendant toute ma vie, aussi longtemps que je vivrai (Ceci est répété plusieurs fois).

Et alors, il a été convenu de part et d'autre,

que si l'un des deux manquait à cette convention, il devrait une amende de tant; et pour celui qui manquerait à la convention, la convention continuerait pour lui.

Et puis alors, de ceci, il a été dressé deux actes.

Voici maintenant en quoi consiste la cérémonie: un pauvre homme vient devant un dominus magnificus, il se met à genoux et met sa main dans la main du dominus. Après cette forme solennelle, on dresse deux écrits, deux minutes originales, l'une est remise au puissant et l'autre est remise au commandatus. Et, en vertu de ce lien, le puissant est tenu d'assurer l'existence et la protection aussi du plus faible; mais le plus faible est tenu à travailler pour le puissant pendant toute sa vie et à faire tout ce que cet homme pourra lui ordonner, à la condition que ce ne soit pas contraire à sa situation d'homme libre.

Le commandatus donne fréquemment sa terre au dominus.

Celui-ci la lui remet à titre précaire

Voilà en quoi consistait la cérémonie. Très souvent la commandatio était accompagnée d'une remise de terres, très souvent le seigneur donnait à l'homme qui se recommandait à lui une terre en tenure pour qu'il la cultive, une terre en précaire. Très souvent aussi, l'homme qui se recommandait remettait sa terre au puissant et le puissant ensuite lui redonnait cette terre à titre précaire, mais il était assuré que la détentio[n] de cette terre serait protégée par le puissant au lieu de courir tous les risques possibles à cette époque de violence.

Voilà en quoi consiste cette commendatio. Par conséquent, nous avons la commendatio d'une personne qui entraîne la concession d'une tenure. Cette concession peut être la remise de la terre par le puissant purement volontaire, c'est quelquefois sa façon d'assurer la subsistance de ce malheureux; et d'autrefois le puissant rend au pauvre homme à titre précaire, l'alleu que celui-ci vient de lui remettre.

La commendatio des hommes d'armes

D'autre part, nous avons eu une deuxième pratique de commandatio apparue un peu plus tard, la commendatio des vassaux, la commendatio par conséquent des hommes d'armes qui a débordé la première commendatio. Les hommes plus riches étaient tenus au service militaire. Vous savez qu'il y a eu des capitulaires pour fixer quel était le minimum de fortune à partir duquel on devait le service militaire. A partir de Charlemagne, on a voulu que les hommes se battent, on a commencé à exiger la cotte de maille. Alors les hommes ont cherché à désertter et parmi les procédés employés pour désertter, il y en a eu plusieurs: se faire clerc; il y a eu des capitulaires de Charlemagne pour surveiller cette façon d'entrer dans les ordres, et pour s'assurer

On essaie d'échapper au service militaire par la commendatio

que ceux qui y entraient ne le faisaient pas purement et simplement pour déserter. D'autre part, se faire esclave: là aussi il y a eu des capitulaires. Enfin, se faire commandatus, ce faisant on était protégé de deux façons: on pouvait casser d'être propriétaire et on pouvait aussi et surtout, plus simplement, être protégé par un homme assez fort pour dire: je le garde, je ne l'envoie pas à l'armée. Alors il y a eu des capitulaires de Charlemagne et de ses successeurs sur cette question là pour interdire cette pratique. Parmi ces capitulaires, il y en a qui ont dit ceci: lorsqu'un homme qui est commandé recevra l'ordre de se rendre à l'armée, il doit venir qu'il soit commandé ou non, et il doit venir que son seigneur vienne ou ne vienne pas. Ensuite on a prévu une amende de 60 sous d'or à la fois contre le commandatus, s'il ne venait pas, et contre le seigneur qui n'amenait pas son commandatus. Et ici, c'était plus facile à saisir, il était plus facile d'avoir de l'autorité sur un grand propriétaire à l'époque de Charlemagne où il y avait une organisation politique et administrative, que sur un homme plus faible. Il était très facile de savoir combien un homme puissant avait de commandatus et de savoir combien d'hommes devaient venir derrière lui.

En conséquence, après avoir cherché à interdire la commandatio, on eut le désir de la multiplier, de façon à avoir un service de recrutement plus simple. La commendatio a donc fini par être recommandée par l'autorité impériale.

Nous avons en particulier sur ce point un capitulaire de Charles le Chauve (847) qui oblige tous les hommes à se prendre un seigneur, à devenir les commandatus d'un homme plus puissant. Cela pouvait être un grand propriétaire, un vassal du roi, cela pouvait être un comte, cela pouvait être le roi lui-même, cela pouvait être n'importe qui.

Si ce capitulaire de 847 avait été organisé, nous n'aurions plus eu un seul individu qui échappait à la hiérarchie féodale, nous n'aurions plus eu ou que des hommes non libres qui allaient nous donner des serfs, ou des hommes libres et commandés qui allaient nous donner des vassali ou des barons. Je crois que ce capitulaire de 847 n'a été qu'en partie appliqué et qu'il est resté des hommes qui ont été libres de leur personne sans être devenus les vassaux de qui que ce soit.

Et on comprend dès lors ce qui va se produire: les seigneurs les plus puissants qui vont avoir ainsi des hommes qui vont se commander à eux, soit bon gré, soit pour obéir aux instructions impériales, ces hommes là, ces chefs vont se dire: « Mais, je suis rés-

Le commandatus obligé de remplir ses obligations militaires. Responsabilité encourue par le dominus

Le capitulaire de Charles le Chauve obligeant tous les hommes libres à la commendatio

Il ne fut pas partout appliqué

L'obligation principale du commandatus est le service militaire

ponsable, je paye les 60 sous d'or si l'individu ne vient pas à l'armée ! Et, par conséquent, parmi les conditions de la commandation, il ne va plus y avoir les conditions dont je parlais tout à l'heure d'après la formule de Tours, la condition qui va devenir la plus importante sera surtout: quand je vous dirai de venir à l'armée, il faudra venir. Et on va prévoir des peines contre celui qui ne viendra pas à l'armée.

Le dominus donne une terre au commandatus à titre viager

Et on va faire quelque chose de plus à l'occasion de ces commandations des hommes de qualité supérieure: il va y avoir un régime de commandatio de terre un peu comparable à celui dont je parlais tout à l'heure, quelquefois le seigneur donnera à titre précaire, en bénéfice viager, à ce commandatus une terre, à la condition qu'il observe les conditions de la commandatio, à condition en particulier qu'il vienne à l'armée

D'autre part, quelquefois nous aurons aussi peut-être des commendati déjà un peu riches, mais tout de même insuffisamment puissants en cette époque de troubles pour être sûrs qu'on ne prendra pas leurs propriétés et qui ont pu faire abandon de leurs alleus pour ensuite les recevoir à titre de bénéfice de ce puissant. Nous avons donc une hiérarchisation des personnes et une hiérarchisation des terres.

Nous avons deux commandetiones qui vont nous donner une hiérarchisation des personnes et des terres, roturières, civile, purement économique, et une deuxième hiérarchisation des personnes et des terres qui vont donner une organisation militaire.

On voit les origines de la féodalité.
Et si on songe d'autre part que les fonctions comtales vont devenir héréditaires, que l'autorité royale va être sapée, alors on se rend parfaitement compte que nous arrivons en plein à la féodalité. En effet, les honores, les fonctions de comtes sont devenues héréditaires. Ceci s'est produit lentement. C'est une pratique assez normale et humaine. Les maires du Palais d'Austrasie étaient devenus héréditaires et nous voyons tout une série de capitulaires, surtout à l'époque de Charles le Chauve qui combattent ou qui reconnaissent l'hérédité du comte, des capitulaires de 843, 847, 851, 856. Les dates se rapprochent, ceci est très caractéristique. Puis il y a le fameux capitulaire de Quercy de 877 qui est très caractéristique: quand Charles le Chauve est devenu empereur et a voulu faire son expédition en Italie, il a décidé que s'il emmenait dans son expédition des fils d'un comte qui vienne à mourir en France pendant qu'ils étaient absents, il faudrait une administration provisoire du

Les deux catégories de commandations et de tenures: roturières et militaires

Les fonctions de comte deviennent patrimoniales. Le capitulaire de Quercy

comté, une espèce de tutelle d'absence, si j'ose dire, qui réglerait la situation du comté en attendant le retour du fils du comte qui devait prendre le comté. D'autre part, si pendant l'absence du roi, un comte venait à mourir et que son fils majeur se trouve sur place, il prenait purement et simplement le comté; si le fils était mineur, on organisait une tutelle de minorité pour gérer le comté. Enfin le roi disait: si un comte vient à mourir à l'armée et qu'il ne laisse pas de fils, dans ce cas on nommera une administration provisoire et quand je reviendrai je verrai qui nommer. Il ne conservait donc le droit de nommer qui bon lui semblait que quand le comte ne laissait pas d'héritier mâle majeur ou même mineur.

Ces comtes vont donc devenir propriétaires des droits régaliens attachés à leur fonction de comte.

Les seigneurs immunistes auront eux-mêmes dans leur dépendance des hommes liés à eux économiquement ou militairement. Le jour où la royauté s'effondrera, ces hommes liés militairement à l'immuniste ou au comte, mais liés par ces liens privés de la commandation, devront le service militaire à leurs seigneurs, et nous aurons la féodalité militaire complètement réalisée.

De plus, lorsque l'autorité royale aura disparu, nous avons donc comme catégories de personnes, quelques extra-féodaux, nous aurons des comtes devenus héritataires, propriétaires de leurs droits régaliens, des immunistes, des vassaux, des tenanciers qui pourront être des commandants, qui pourront être des colonis, qui pourront être des anciens esclaves, etc...

Nous aurons alors trois catégories de terres: les alleux, les terres restées extra-féodales qui pourront être de grandes terres, qui pourront même être peut-être des terres qui constitueront de véritables souverainetés, nous pourrons aussi avoir des petites terres plus rares qui auront trouvé le moyen par une chance plus ou moins extraordinaire de ne pas être absorbées par de grands propriétaires.

Nous aurons ensuite des bénéfices à service militaire qui vont nous donner les fiefs, et puis, nous aurons ensuite d'autres tenures à but économique qui nous donneront les censives.

Maintenant, avant d'étudier l'œuvre des glossateurs, il convient de préciser un peu ces trois notions: alleux, bénéfices militaires et tenures économiques non militaires.

Elle entraîne
la hiérarchie
des terres
L'alleu, terre
extra-féodale,
très rare

Le bénéfice à
service militai-
re deviendra le
fief

La censive

La lutte contre
l'alleu s'anno-
ce de très bon-
ne heure

Les alleux. - Nous les signalons sans y insister. Nous aurons une fausse fenêtre, parce que lorsque nous étudierons la condition des terres après les glossateurs, la question des alleux deviendra très importante.

il faut donc signaler dès maintenant que nous devrons trouver ultérieurement l'existence des alleux. Je dois dire du reste qu'il y a eu déjà comme un commencement de lutte contre les alleux dès l'époque carolingienne. Il y a eu un capitulaire en 863 qui disait ceci: "Et ceux qui n'auront pas, ainsi que nous l'avons ordonné, pris des seigneurs, que ceux-là soient conduits devant nous par des fidejussores et qu'alors les alleux qu'ils ont soient pris et confisqués". Confiscation donc des alleux de ceux qui n'ont pas voulu se commander; commencement de lutte contre les alleux.

Les bénéfices.

Dans les bénéfices, deux catégories: les grands bénéfices qui vont donner les fiefs, les petits bénéfices qui vont donner les censives.

a) Les grands bénéfices. - Ces grands bénéfices ont une origine assez controversée. D'après certains auteurs, ces bénéfices auraient une origine purement germanique. Les Germains, c'est exact, n'ont pas conçu des dons en pleine propriété, ils ont conçu des dons révocables et ces habitudes germaniques ont donné le bénéfice révocable.

Voilà une explication sur l'origine des bénéfices. Elle a l'avantage d'être simple, mais l'inconvénient d'être en contradiction avec des textes très nombreux, très précis. Il y en a des masses dans lesquels l'autorité royale fait des dons à des puissants, à des proceres, à des fidèles, en disant que ces dons sont faits en pleine, entière et définitive propriété. Evidemment, il y a une insistance sur le caractère définitif du don qui est peut-être un peu alarmant, mais tout de même il y a des dons qui sont bien apparus comme faits définitivement et qui ont eu au moins nominalement une situation juridique, distincte de celle du bénéfice viager, temporaire, précaire.

Deuxième explication proposée: les bénéfices auraient apparu à la suite de la politique de Dagobert, de Charles Martel, surtout de Carloman et de Pépin le Bref. Dagobert a commencé à prendre les biens d'Eglise pour les distribuer à ses fidèles; Charles Martel a développé encore plus cette institution, c'est même peut-être grâce aux cadeaux qu'il a faits avec les dons d'Eglise qu'il est arrivé à sa puissance. Naturellement, l'Eglise a protesté contre ces pratiques vraiment extraordinaires. On faisait une division des biens: une moitié était la propriété de l'Eglise, l'autre moitié était à la disposition du roi. Et il y eut des conciles, notamment celui de Soissons de 745 qui parvinrent à un accord entre Carloman et l'Eglise. D'autre part, il a été décidé que les biens

L'origine du
bénéfice. Contro-
verses que sus-
cite son étude

1°) Origine ger-
manique ? Rai-
sons tirées du
caractère révo-
cable du béné-
fice.

2) Emploi des
biens d'Eglise
par le roi, com-
me rétribution
de services
Bien que la do-
nation soit fai-
te sub verbo
regis un cens
recognitif est
versé à l'Egli-
se par le bén-
eficiaire

donnés aux fidèles seraient tenus en précaire de l'Eglise, et on devait un cens récognitif à l'Eglise, mais il était donné sub verbo regis par la volonté du roi, par le diplôme du roi. On prévoyait une donation qui devait durer aussi longtemps que la volonté du roi, si bien que l'individu qui recevait à titre précaire ces biens de l'Eglise devait payer un cens à l'Eglise, mais s'il remettait cette terre, il la remettait au roi, puisqu'il l'avait reçu verbo regis, elle rentrait à la disposition du roi qui pouvait à ce moment là la redonner à un autre fidèle ou qui pouvait la rendre à l'Eglise. Mais le fidèle n'aurait pas pu la remettre à l'Eglise, il l'avait reçue du roi, il devait la remettre au roi.

Evidemment, grâce à ce système, nous avons des bénéfices qui cessent d'être des concessions en pleine propriété, puisqu'il y a un cens récognitif payé à l'Eglise, mais on ne peut pas faire de ces concessions de Charles Martel ou de Pépin le Bref l'origine des bénéfices qui vont nous donner les fiefs pour cette excellente raison que ces concessions en bénéfices temporaires sont certainement antérieures aux deux conciles que je citais tout à l'heure, de 742 et 745. Je crois qu'il faut voir l'origine du bénéfice tout simplement dans le jeu de la villa que le roi donnait au comte. Vous savez que les rois donnaient aux comtes la jouissance de certaines villas, jouissance qui représentait comme leur traitement public, aussi longtemps qu'un comte était en fonction, il recevait comme traitement non pas de l'argent, mais la jouissance, l'usufruit d'une certaine villa royale, du fisc royal; évidemment il la perdait lorsqu'il perdait sa fonction. Eh bien, c'est peut-être là l'origine du bénéfice.

Quoi qu'il en soit, il est bien certain que le bénéfice étymologiquement signifie un bienfait, et il est incontestable que les capitulaires les plus anciens les capitulaires de l'époque du VIIème siècle parlent très souvent des bénéfices et les considèrent toujours comme signifiant techniquement quelque chose de révocable. On cite un très grand nombre de textes qui ont été réunis par Mgr. Lesne dans son "Histoire de la propriété ecclésiastique" et dans un article de la Revue historique de 1924, Mgr. Lesne cite un grand nombre de textes qui nous montrent que dans la langue du VIIème siècle on oppose le propre et le bénéfice: on tient une terre en propre, donc c'est une terre héréditaire, on la tient en bénéfice quand c'est une terre qu'on a reçue.

De plus, la plupart des bénéfices ont été concédés par le roi, l'Eglise ou les seigneurs.

Il y a encore autre chose qu'on peut noter et qui

montre que le bénéfice tendait tout de même à devenir stable, c'est que le mot bénéfice a servi à désigner la terre reçue en bénéfice, et dans ce sens le terme est imprécis: "mon bénéfice", cela peut vouloir dire la terre que j'ai donné en bénéfice et sur laquelle je conserve un droit de reprise, cela peut vouloir dire la terre que j'ai reçue en bénéfice et dont j'ai la jouissance sans avoir l'abusus. Vous voyez donc ici l'imprécision du terme, aussi l'imprécision de la notion de propriété dont je vous parlais tout à l'heure: l'un a un certain droit, à un recours, un droit réel, c'est une vestitura, et l'autre a, d'autre part, un certain droit de jouissance sur la chose, c'est une autre vestitura. Donc terme imprécis.

Ce qu'il y a de certain c'est que le mot bénéfice a fini par désigner non plus seulement la terre qu'on tenait en bénéfice ou la terre qu'on donnait en bénéfice, mais cela a fini par désigner aussi et même surtout des terres qui avaient une affectation particulière et définitive, des terres bénéficiaires, terres grevées d'un certain service. Par exemple, les terres que le comte recevait comme prix de sa fonction sont devenues des terres qu'on a caractérisées par ce terme devenu technique de bénédicte pour désigner une terre sur laquelle pesait une certaine cotisation, l'entretien d'un comte qui lui-même avait contre cet entretien certaines obligations.

Et puis, lorsqu'il y eu de grands vassaux du roi, ceux-ci ont reçu des bénéfices et ces terres qu'ils recevaient en bénéfice on les a appelées des bénéfices parce que c'étaient des terres qui étaient tenues à un certain service, au service militaire ou aux autres obligations que le seigneur, que le roi pouvaient donner à ce vassus. La terre prenait une affectation particulière et définitive, la terre sortait de l'alléu pour devenir ce bénéfice grevé.

C'étaient des terres qui étaient considérées comme pouvant changer de titulaire, mais comme devant rester affectées à telle obligation qui devenait une obligation de la terre, et ceci on le trouve dans des textes carolingiens. Ce n'est pas de l'époque féodale; en réalité, l'époque féodale commençait à l'époque carolingienne, par conséquent, c'est déjà de l'époque féodale, si vous voulez, mais c'est encore de l'époque carolingienne.

Ces terres sont considérées comme ayant une obligation qui pèse sur elle indéfiniment comme statut spécial de la terre.

Ainsi ces bénéfices, sont devenus héréditaires, d'abord parce que les bénéfices comtaux sont devenus héréditaires lorsque la fonction de comte est devenue

Le mot bénéfice a fini par désigner les terres ayant une affectation particulière

Le bénéfice peut changer de titulaire, il reste affecté à une obligation

Le bénéfice du vassal devient héréditaire.

Ce mouvement est parallèle de celui de l'appropriation des fonctions comtales

L'hérédité du bénéfice date de l'époque carolingienne.

Les terres sont données aux croisés par Godefroy de Bouillon à titre héréditaire, avec possibilité de démembrer

héritaires; ensuite, les bénéfices des vassaux sont devenus eux-mêmes très vite héréditaires parce que parmi ces bénéfices de vassaux il y avait des terres qui avaient deux origines, les unes étaient des bénéfices donnés, les autres étaient des bénéfices rendus (un commendatus abandonnait la propriété de sa terre pour la remettre à un puissant, à condition qu'il la rende à lui, à ses enfants et indéfiniment, par conséquent, ce bénéfice devient héréditaire). Quand le bénéfice est-il devenu héréditaire ? C'est assez difficile de donner une date, cela date de l'époque carolingienne. Ainsi, par exemple, dans l'Orient latin, à Jérusalem, au moment de la conquête par Godefroy de Bouillon, cette année-là les terres ont été données par Godefroy de Bouillon lui-même aux Croisés pour eux et tous leurs héritiers, héritiers en ligne directe ou en ligne collatérale. Et non seulement on leur a donné ces terres d'une façon définitive, mais encore on leur a permis de les démembrer, c'est-à-dire de faire des concessions à qui bon leur semblerait pourvu qu'il fassent des concessions de la valeur d'un fief de chevalerie

Le fief

Le fief dérive du bénéfice, le bénéfice avait d'abord désigné un bienfait, ensuite, sous le nom de bénéfice, on avait entendu le titre même de saisine, en vertu duquel on possérait, et enfin le mot bénéfice avait fini par désigner la terre qui faisait l'objet du bénéfice, mais le même mot bénéfice pouvait être utilisé par le concessionnaire et celui auquel on concédait.

Il y avait deux grandes catégories de bénéfices, les petits bénéfices qui ont fini par rejoindre la précaire le jour où elle est devenue perpétuelle et qui ont donné naissance aux tenures roturières. D'autre part, il y avait les grands bénéfices qui, ceux-là étaient concédés par le roi, par l'Eglise ou par des grands, qui n'étaient jamais concédés qu'à des églises des comtes ou de grands personnages et qui devaient donner naissance aux fiefs.

Je vous ai dit aussi que la pratique des bénéfices s'était répandue lorsque la pratique de la commendatio était devenue générale, lorsque l'insécurité due en grande partie aux invasions normandes s'était développée, et lorsque, enfin, la crise économique avait obligé encore plus les hommes à venir se grouper dans une organisation purement agricole.

Il reste maintenant à montrer, suivant un plan qui sera semi-historique et semi-logique, comment à l'origine les concessions de fiefs-bénéfices ont été des concessions précaires, conditionnelles et viagères,

Développement du bénéfice

en vertu desquelles la propriété, si j'ose me servir de ce terme du droit romain, restait aux concédants; à vous montrer ensuite comment ces concessions ont fini par se patrimonialiser entre les mains des vassaux; et à vous montrer enfin, quels étaient alors au moment des glossateurs au XIII^e siècle les droits sur ces bénéfices fiefs, d'une part des vassaux et, d'autre part, des seigneurs successifs.

A l'origine les concessions de fiefs ne furent faites qu'à titre précaire.
Textes nombreux

D'abord, ces concessions en bénéfices fiefs étaient des concessions précaires, conditionnelles et viagères qui laissaient, si j'ose employer ce mot romain, la propriété entre les mains du concédant. Incontestablement, les premières concessions de bénéfices et de fiefs ont été des concessions précaires. Les textes ici sont excessivement nombreux. Dans son article de la Revue historique du Droit de 1924, Mgr. Lesne, recteur de l'Institut catholique de Lille, aux notes de sa page 6 et de sa page 7 donne des références de textes extrêmement nombreuses, dans lesquelles on voit nettement que le bénéfice qui va donner le fief est une concession précaire et une concession qui peut toujours être retirée sans motif par le concédant. Les textes sont surtout précis par leur nombre plus que par la netteté des termes de chacun; la preuve résulte, du faisceau de textes plutôt que de la netteté de l'un d'entre eux. Cependant il n'y a pas de possibilité de doute.

Au surplus, Mgr. Lesne (P. 13 et suiv.) montre très bien que la terre donnée en bénéfice restait un propre du concédant, et si cela restait un propre du concédant, c'est que le concédant conservait ce qu'on pourrait appeler la nu-propriété.

Encore à l'époque de Grégoire de Tours le concédant peut retirer le bénéfice sans motif

D'ailleurs, nous avons encore toute une série de textes assez postérieurs à l'origine du bénéfice et dans lesquels on voit que ce bénéfice est évidemment révocable. Par exemple, Grégoire de Tours au Livre 8, titre 22 de "son historia francorum" nous dit que certains personnages ayant commis des crimes on leur a retiré leurs bénéfices, et au Livre 9, Chap. 38, il nous dit encore ceci: "mais cependant, certains personnages qui s'appelaient Centene Gicilius et Gallomagnus "ont été privés des choses qu'ils avaient reçues du "fisc, et ils ont été envoyés en exil, mais ensuite, "sur l'intervention de légats parmi lesquels se trouvaient des évêques, ils ont été retirée de l'exil par "le roi et par ceux qui demandaient leur grâce, cependant il ne leur est rien resté d'autres biens que ceux "qui apparaissaient comme étant leurs propres". On leur a donc retiré tous les biens qu'ils avaient reçu en bénéfice, voilà une révocation qui a été faite non pas

pour un motif déterminé, pour une inexécution de telles ou telles clauses de la concession, mais simplement parce que le roi estimait qu'ils avaient démerité.

Les capitulaires prévoient toute une série de cas de reprise du bénéfice, par suite d'actes malhonnêtes

D'autre part, il y a toute une série de capitulaires qui privent pour tel ou tel cas déterminé des individus de leurs bénéfices. Par exemple, un capitulaire de 779 (art. 9) déclare que les judices, les fonctionnaires si vous préférez, ou les vassaux qui ne remettraient pas au roi la personne des latrones, c'est-à-dire des hommes qui commettent des violences et troublent la paix, seraient privés des bénéfices qu'ils pouvaient détenir du roi. Un capitulaire de 819, (art. 16) également prononce la perte des bénéfices contre les individus qui auraient refusé de loger les missi dominici. Un capitulaire de 819 (art. 5) menace de confiscation du bénéfice ceux qui plusieurs fois de suite auraient refusé aux églises de payer les dîmes.

Voilà toute une série de cas particuliers dans lesquels on retire les bénéfices. Évidemment, si nous avions un cas isolé, nous pourrions nous dire que nous sommes peut-être ici en présence d'une sorte d'amende, de pénalité, de peine d'un délit, mais la répétition des cas, la confiscation de tous les bénéfices sans se préoccuper de savoir quelle est leur importance, et, par conséquent, sans se préoccuper de savoir s'il y a un rapport entre un certain taux d'amende et la gravité du délit montre bien que nous ne sommes pas en présence ici de répression pénale, mais en présence d'une reprise de biens qui avaient été concédés à quelqu'un et qu'on lui reprend simplement parce qu'il se montre en quelque sorte ingrat. Nous sommes en présence de ce qui donnera plus tard les cas de félonie.

extrait du bénéfice pour inexécution du service militaire

D'autre part, il y a également des capitulaires qui visent la reprise du bénéfice, alors cette fois, non pas lorsqu'il y a un acte malhonnête, mais lorsqu'il y a une violation des conditions mêmes de la concession du bénéfice, qui nous montrent en d'autres termes que le bénéfice est conditionnel, et vous savez qu'une des conditions les plus importantes de la condition du fief c'était l'obligation de remplir son service militaire; or, nous avons pas mal de capitulaires, en particulier un de 811 (art. 5) et un de 805 (art. 6) qui punissent de la perte du bénéfice ceux qui ne répondent pas aux convocations militaires. Le capitulaire de 805 (art. 6) est même particulièrement précis, il nous dit que si un individu a reçu la lorique, la broigne, et qu'il vienne sans sa broigne, il sera puni en perdant et la broigne et le bénéfice qu'il avait pu recevoir. Voilà exactement ici un cas de commise, nous sommes sur le terrain de la commise du fief.

Les formules de Marculf présentent le bénéfice comme viager

Enfin il y a un très grand nombre de textes qui nous montrent que ces concessions de bénéfices fiefs étaient des concessions viagères. On pourrait trouver un très grand nombre de formules qui nous montrent que les concessions sont viagères, lorsqu'il s'agit de bénéfices qui sont donnés purement et simplement par le roi ou par un grand personnage, mais nous avons même une formule de Marculf (I, 13) qui nous montre que le fief était considéré, que le bénéfice était considéré comme viager même lorsqu'il s'agissait d'un bénéfice reprise, c'est-à-dire même lorsqu'un individu donnait son alleu au roi à la condition que le roi le lui rende ensuite à titre de bénéfice, eh bien il le lui rendait comme bénéfice qui était viager, parce que le bénéfice ne pouvait pas ne pas être viager.

On prévoyait ensuite que le bénéfice pourrait aller à des héritiers, mais il était tout de même viager, parce qu'il n'aurait plus pu être un bénéfice s'il n'était pas viager.

Du reste, voici la formule de Marculf : "Et alors "est venu devant nous Un Tel, notre fidèle, dans notre palais qui, de sa volonté spontanée, nous a remis "par la festuca, nous a investi, donné, etc.... telle "villa".

Il s'agit de villas et d'autres parties du texte nous montrent même qu'il s'agit de domaines importants ce n'est plus du tout la commendatio du pauvre homme, puisqu'on parle des près, des vignes, on sent qu'il s'agit de domaines importants: "Il nous les a donnés, "et il a été convenu par cette raison que tant qu'il "vivrait il pourrait s'en servir, en jouir par notre "permission, d'après l'usufruit bénéficiaire, et après "son décès, parce qu'il nous l'a demandé, par notre "grâce nous le concèderons à tel ou tel".

Par conséquent, nous sommes en présence de quelque chose qui va devenir le fief héréditaire, c'est évident, mais c'est tout de même un fief qui est donné à titre viager, il est donné à titre viager suivant l'usufructuário, l'usufruit ou l'usage bénéficiaire. On ne peut pas concevoir un bénéfice qui soit plus que viager, même lorsqu'on promet de le donner ensuite à des héritiers.

Au surplus, nous avons toute une série de textes qui nous montrent que si ces bénéfices étaient viagers si ces bénéfices prenaient fin au moment du décès du titulaire, ou bien encore au moment du décès du concédant, néanmoins on remettait ordinairement ce fief à nouveau à l'héritier du décédé, ou il était d'usage que l'héritier du concédant reconcède à nouveau le

fief au bénéficiaire, mais il y avait tout de même quelque chose de viager, il y avait tout de même retour entre les mains du concédant qui donnait à nouveau.

Voici par exemple des lettres d'Eginhard (lettre 26): "Un certain Frumordus nous a demandé que nous consentions à demander à l'empereur que, étant donné la nécessité dans laquelle il se trouvait, on lui permette de tenir son bénéfice, d'haberer son bénéfice que le grand père de l'empereur lui avait consenti et que le père de l'empereur lui avait permis d'avoir jusqu'à ce que ses forces ayant été recouvrées, il puisse venir au palais impérial, et qu'il puisse se commander suivant le mode solennel".

La lettre se rapporte au moment du décès de Charlemagne ou de Louis le Débonnaire. A ce moment là, l'empereur étant mort, un individu qui tenait une terre en bénéfice s'est dit: l'empereur est mort, je cesse de pouvoir posséder mon bénéfice, il revient à l'héritier de l'empereur et il faut que cet héritier de l'empereur me le concède à nouveau, et pour qu'il me le concède il faut que je vienne faire ma commendatio solennelle. Et alors, on l'autorise, comme il est malade, il a comme on l'appellera au Moyen Age une essoigne, on l'autorise à conserver le bénéfice jusqu'à ce qu'il soit guéri et puisse à ce moment faire la commendatio.

Nous avons une deuxième lettre d'Eginhard (lettre 27) qui dit exactement la même chose: "un certain vas-sus dominicus demandait qu'il soit permis de conserver son bénéfice que l'empereur lui avait donné en Burgondie, jusqu'à ce qu'il puisse venir en présence de l'empereur et qu'il se commande à lui in manu ejus"

Par conséquent, c'est encore la même chose exactement: on demandait la permission de conserver le fief jusqu'à ce qu'on ait pu venir faire la commendatio qui s'appellera bientôt l'hommage. Par conséquent, on voit que le fief est viager, et comment en même temps il devient héréditaire, les deux à la fois.

Nous pouvons donc accepter ceci, c'est que, originai-
nement le bénéfice est une concession avec réserve
d'un certain droit de propriété, mais une concession
viagère, une concession conditionnelle, et même une
concession qui a d'abord été purement précaire, puis-
qu'on pouvait reprendre le fief sans motif bien précis.

Voyons maintenant comment le fief a fini par se patrimonialiser entre les mains du commandatus, du bénéficiaire, du vassal.

Evidemment, la patrimonialisation ne pouvait pas ne pas se produire et il y avait à cela beaucoup de raisons. La première et peut-être la principale, c'est cette tendance qu'il y aura toujours de tâcher à garder

Le fief viager
tend à devenir
hérititaire

La patrimonia-
lité du fief
est chose faite
à l'époque du

capitulaire de
Kiersy

son bien, et cette tendance, elle était particulièrement marquée dans l'ancienne France. On sait que les précaires ont fini par être conservées de façon définitive. Les honores des comtes ont fini aussi par devenir héréditaires et le capitulaire de Kiersy en est une preuve. Les grands officiers de la couronne tendaient tellement à devenir héréditaires qu'il a fallu en supprimer un certain nombre et à la fin de l'ancienne France, le chancelier était le seul des anciens grands officiers qu'on n'ait pas été obligé de supprimer, à cause de cette tendance à l'hérédité. D'autre part les offices devenaient héréditaires et il est quelquefois même très difficile de savoir si nous sommes en présence d'un office ou d'un fief, dans certains cas.

Le caractère patrimonial s'impose d'autant mieux que certains bénéfices n'étaient que des alleux restitués au vassal.

Par conséquent, il y a d'abord cette tendance, il y a ensuite une deuxième cause d'hérédité qu'il ne faut pas oublier, c'est que parmi ces bénéfices, ces fiefs, nous avions des fiefs qui pouvaient avoir deux origines historiques bien distinctes: nous avions des fiefs qui avaient été concédés gracieusement par le roi ou par le grand seigneur ou par l'Eglise; on aurait conçu que ces fiefs puissent être repris sans qu'il y ait là aucune espèce d'injustice. Mais, il y avait les fiefs de reprise, il y avait les fiefs qui étaient des alleux, que le propriétaire de cet alleu avait donné à un seigneur auquel il s'était commandé et que ce seigneur lui rendait ensuite à titre de bénéfice viager et conditionnel, mais vous comprenez bien qu'alors ici, ne pas le donner à ses enfants, ne pas lui reconnaître un certain droit de patrimonialité sur ses bénéfices, sur ses fiefs, c'eût été quelque chose de souverainement injuste. Voilà évidemment une autre cause très importante de patrimonialisation.

On concède le fief au bénéficiaire et à ses heredes

Enfin, la pratique a été de donner des fiefs, des bénéfices, peu importe le terme, non seulement à un concédant, mais encore très souvent à ses héritiers très souvent nous trouvons cette formule: fief donné à Un Tel et à ses héritiers. Nous avons du reste les deux catégories d'héritiers: quelquefois on dit que c'est à tous les héritiers de son corps ou à tous les héritiers nés de femme épouse, ce qui voulait dire les héritiers en ligne légitime et directe. D'autres fois, c'était des fiefs à tous héritiers, c'est-à-dire à tous héritiers, aussi bien en ligne directe qu'en ligne collatérale.

Par conséquent, tout ceci devait nous amener la patrimonialisation de fait, et, de fait, nous y sommes arrivés et elle s'est marquée de quatre façons différentes :

I - par l'hérédité des fiefs,

- 2 - par le droit d'aliéner à titre gratuit les fiefs;
 3 - par le droit d'aliéner à titre onéreux
 4 - par le droit enfin de faire des aliénations partielles à titre onéreux.

I^e. - L'hérédité des fiefs

L'hérédité absolue du fief a été retardée par l'obligation effective, jusqu'au XIV^e siècle, de fournir le service militaire

L'hérédité est évidemment ce qui s'est d'abord produit, l'hérédité est la première manifestation de cette emprise du fief par le vassal

Les textes que nous avons cités nous montrent que nous sommes sur le chemin de l'hérédité, mais pour que l'hérédité pénètre tout à fait, il y avait une difficulté, une difficulté qui a duré pendant très longtemps, c'est qu'en réalité, ce fief, comme je vous l'ai dit, était un fief conditionnel, c'est que ce fief était concédé à charge de service militaire et ce service militaire a eu jusqu'au XIV^e siècle au moins, une très grosse importance. Pendant 500 ans, il a été très important que le titulaire du fief fasse le service militaire de ce fief, et pour qu'un individu fasse le service militaire, il fallait que cet individu contracte un lien personnel de fidélité vis-à-vis du seigneur, par conséquent, pendant très longtemps on a considéré qu'il était capital de ne permettre à quelqu'un d'entrer en possession d'un fief que s'il avait pris cet engagement au service militaire.

Pas de concession de fief sans engagement préalable. L'hommage est exigé de façon stricte

Done, pendant très longtemps, on a considéré qu'il était impossible, sans faire s'effondrer toutes les bases de l'organisation sociale et politique de l'époque, de permettre à quelqu'un de posséder un fief sans qu'il ait d'abord pris l'engagement de servir le seigneur de ce fief. Par conséquent, l'hommage, l'hommage à la mort du vassal par son fils, l'hommage à la mort du seigneur de ce fief par le détenteur du fief ont été exigés de la façon la plus nette pendant cinq siècles. Ils ont été exigés d'une façon si nette pendant si longtemps que finalement cette nécessité de l'hommage qui aurait pu disparaître dans l'ancienne France du XVII^e ou du XVIII^e siècle a tout de même subsisté, parce qu'on en avait une habitude telle que cela a duré jusqu'à la Révolution française.

La tendance à l'hérédité, la nécessité de l'hommage et du service militaire aboutissent à un compromis en matière de fief

Il y avait donc ici un conflit entre deux intérêts, deux idées, deux tendances; la tendance à l'hérédité d'un côté, la nécessité d'autre part d'exiger le service militaire et le lien de fidélité personnelle, et par conséquent, on est arrivé en matière d'hérédité à une espèce de compromis, à un système qui n'est pas tout à fait l'hérédité, qui n'est pas non plus la liberté, à un système d'hommage qui est bien connu.

Prafaitement, le seigneur reprenait toujours le

Au moment du décès du vassal ou du seigneur, le seigneur remet le fief à nouveau après un marchandage

Ordonnance de Blanche de Castille fixant le maximum du relief à une année de revenus

Le fils du vassal reste en saisine, mais doit l'hommage dans les 40 jours

Exemples pris dans les Assises de Jérusalem

Le fief de conquête peut être remis au fils, à l'exclusion des collatéraux

Le fief propre doit aller aux collatéraux, le

Source : BIU Cujas

fief au moment du décès, ou du décès du vassal ou du décès de son seigneur. Ensuite, il y a eu un marchandage entre lui et le vassal pour qu'il remette le vassal en possession du fief. Moralement, il était obligé de remettre le vassal en possession du fief, il ne pouvait pas faire autrement, puisque déjà, vous le voyez, les Carolingiens étaient moralement obligés de le faire, ils ne pouvaient pas faire autrement non plus parce que les fiefs étaient concédés très souvent à soi et à ses héritiers, héritiers en ligne directe, héritiers en ligne collatérale, par conséquent il fallait les remettre en possession, ils étaient obligés de les remettre en possession. Ils se faisaient payer. Une ordonnance de Blanche de Castille est intervenue en mai 1235 pour essayer de fixer le prix du relief et pour décider qu'il ne pourrait pas dépasser une année du revenu du fief. C'était une espèce de droit de rachat du fief. Et puis, petit à petit, on a été plus loin et il a été admis qu'en ligne directe le fils du vassal décédé pourrait rester en saisine du fief, pourrait continuer à le posséder à la condition de venir dans les quarante jours prêter l'hommage au seigneur, il restait en saisine jusqu'au moment de l'hommage, mais s'il ne venait pas faire l'hommage, alors à ce moment là le seigneur reprenait le fief et le gardait jusqu'à ce qu'on soit venu faire cet hommage.

Voilà comment les choses se sont passées, voilà quel est le compromis qui s'est produit.

Finalement, nous étions arrivés tout de même à un régime de patrimonialité et c'est ainsi que, par exemple, dans les assises de Jérusalem au livre de Jean d'Ibelin (Chap. 46 et 47) il y a quelque chose qui est à ce point de vue assez précis. Jean d'Ibelin nous dit là que lorsqu'un individu reçoit un fief de conquête, un fief qu'il n'a pas eu par héritage, qui ne fait pas partie de ses propres, il peut le remettre au seigneur et le seigneur le redonne à son héritier. Mais ici il y a liberté, par exemple cet individu, cet acquéreur du fief a reçu un fief pour lui et ses héritiers et tous les héritiers, il remet le fief au seigneur, le seigneur le redonne ensuite à un nouveau concessionnaire, il pourra le donner au fils pour lui et ses héritiers en ligne directe et retrancher les collatéraux, et par conséquent si ce fils venait à mourir sans héritiers en ligne directe, le fief reviendrait définitivement au seigneur bien qu'il ait été concédé à l'auteur et à tous héritiers. C'est le principe de l'acquêt et de la libre aliénation de l'acquêt.

Si, au contraire, il s'agit d'un fief héréditaire, d'un propre, le détenteur du fief, le vassal peut le remettre au seigneur pour que le seigneur le donne

seigneur ne peut modifier les conditions. Le fief propre est donc plus patrimonial que le fief d'accôts

Dangers du partage entre les héritiers. Le fief peut devenir trop petit pour l'entretien d'un soldat

A l'origine le fief fut partagé également entre les héritiers

Inconvénients du morcellement du droit d'affinité

Dans les Assises de Jérusalem le droit d'affinité est

ensuite à l'héritier. Mais si c'est un fief de tous hoirs qui a été remis au seigneur pour qu'il le redonne à l'héritier, le seigneur ne pourra pas le donner à cet héritier pour lui et ses héritiers en ligne directe, et s'il le faisait et que le fils de celui qui a reçu le fief du seigneur venait à mourir sans héritiers, quelles qu'aient été les conditions de cette remise à ce fils, les collatéraux devraient l'avoir parce que c'est un propre. Le mécanisme est très caractéristique de la pénétration véritable dans le patrimoine.

D'autre part, ce système d'hérédité, qui a fini par pénétrer, présentait évidemment des avantages pour les vassaux. Mais il présentait aussi de très grands dangers pour le seigneur: si vous admettez l'hérédité, et on l'a admise à condition de faire l'hommage, vous êtes obligé de partager ce fief entre les héritiers, et si vous partagez ce fief entre les héritiers, ce fief va devenir plus petit, il va s'amenuiser, il deviendra trop petit pour pouvoir entretenir un chevalier et une broigne ou haubert, ou cotte de mailles. Par conséquent, vous voyez ici le conflit entre les exigences du service militaire et les intérêts du seigneur d'une part et, d'autre part, le principe de la patrimonialité.

Au début, lorsque les fiefs sont devenus héréditaires, les premiers fiefs semblent avoir été concédés à tous les héritiers en parts égales, c'est ainsi que dans les libri feudorum (I, I, I, I) on nous dit que maintenant il a été établi que le fief vient également à tous les héritiers. Et, d'autre part, nous avons les dispositions de l'assise de Geoffroy (1185) visant la Bretagne et qui déclare que dorénavant certaines catégories de fiefs, fiefs en baronnie en particulier, ne pourront plus être partagés. Il y a donc eu une période où les fiefs ont pu être partagés en parts égales.

Ceci présentait évidemment un inconvénient et pour y pallier on a eu recours au système du droit d'affinité, au système d'après lequel l'affiné seul devait succéder au fief. Et ce système de la succession au profit de l'affiné seul est déjà admis en 1037 par la constitution de Conrad le Salique pour l'Italie. Seulement cette constitution est la première qui ait introduit dans ce pays le système de l'hérédité, et ils ont été tout de suite à l'hérédité au profit de l'affiné.

D'autre part, à Jérusalem, il en était de même dès la fondation puisqu'un texte de Philippe de Novarre nous apprend qu'une assise de Godefroy de Bouillon lui-même avait décidé que lorsqu'il n'y avait pas de fils

appliqué

c'était la fille ainée qui seule devait recueillir le fief de chevalier, par conséquent c'était là aussi le système d'ainesse qui était appliqué, et même pourrait-on dire, à fortiori, puisqu'on l'appliquait aux filles. Et ce système a fini par se généraliser en France, partout on a admis le privilège d'ainesse, au moins pour les fiefs de baronnie et pour les fiefs de haubert; pour les petits fiefs, cela n'a pas été admis partout, cela a varié.

Seulement lorsque vous aviez admis le privilège d'ainesse, vous alliez alors à une autre difficulté: si vous admettiez le privilège d'ainesse et que vous ayiez seulement un fief dans la succession, alors vous aurez un fils qui va recueillir le fief et les autres qui vont mourir de faim. Ce n'était tout de même pas possible. Du moment que vous admettiez le système d'hérité, vous pouviez donner un privilège à l'ainé, mais vous ne pouviez tout de même pas céder le droit de mourir de faim à ses cadets, ce n'était pas possible. Alors il a fallu tout de même faire quelques droits aux puinés, et si vous commencez à faire quelques droits aux puinés, vous arriviez forcément au démembrement.

On a essayé de tout concilier et on a décidé, par exemple, en Normandie et en Bretagne, que les fiefs de baronnie devraient aller à l'ainé seul qui aurait à apanager.

On a ensuite imaginé d'autres systèmes, celui du tiercement. Dans ce système qui a été pratiqué dans certaines régions, on disait que l'ainé devait avoir les deux tiers du fief et les puinés se partageaient le troisième tiers. Au bout de cinq ou six générations ce système conduisait à une terrible division.

On a admis d'autre part le système de la tenure en fréfrage. Dans ce système on maintenait l'unité du fief en apparence: l'ainé faisait l'hommage au seigneur pour tout le fief et le seigneur ne connaissait que l'ainé, puis alors l'ainé sous-inféodait son fief aux cadets, et les cadets faisaient hommage à leur ainé. Seulement ce système présentait pour le seigneur un gros inconvénient: d'abord l'ainé finissait par être appauvri parce qu'il ne pouvait plus exiger de ses cadets que des obligations normales qu'on exige d'un vassal, par conséquent des droits de relief qui sont des choses insignifiantes, et il pouvait devenir trop pauvre. Ensuite, il y avait pour le seigneur un autre inconvénient: si l'ainé venait à mourir, par exemple, et que le fils de cet ainé ait à payer le droit de relief, il payait sur quoi? Avec le revenu d'une année, et comme le fief a été diminué de valeur puisque les cadets avaient reçu par sous-inféodation

Les droits des puinés

Le fief de baronnie

Le tiercement:
l'ainé avait
les 2/3, les
puinés parta-
gent l'autre
tiers

La tenure en
fréfrage: l'ainé
pour l'hommage
pour le tout,
mais sous-infé-
ode le fief aux
puinés qui lui
font hommage

La sous-inféodation aux puinés interdite. Les puinés portent directement l'hommage au seigneur

une partie de ce relief était diminué. Alors une ordonnance de 1219 est intervenue et a dit que tous les vassaux, que tous les frères, tous les enfants de frères feraient l'hommage au seigneur. Seulement alors, s'ils font l'hommage au seigneur, c'est le démembrément du fief qui est accepté ouvertement et nettement, si bien que cette ordonnance a été rejetée par la plupart des coutumes et n'a guère été appliquée que dans le domaine.

Le tenure en parage. L'aîné porte hommage pour tout le fief qui est divisé entre tous les frères.

Les puinés ne portent pas l'hommage au frère aîné

La tenure en parage respecte mieux que la tenure en frérage l'unité du fief

Il y avait un deuxième procédé, la tenure en parage. Dans ce système, l'aîné porte l'hommage au seigneur et l'aîné apparaît comme le miroir du fief, c'est-à-dire qu'il représente le fief tout entier, mais c'est un miroir, c'est une image derrière laquelle il n'y a pas de réalité. Cet aîné qui va représenter le fief tout entier est obligé d'en remettre une partie aux puinés. Les puinés ne lui feront pas hommage, mais ils seront tenus d'aider l'aîné à payer tout ce qu'il aura à payer au seigneur, ou d'aider l'aîné à s'armer s'il doit aller faire le service militaire.

Evidemment ce système conserve beaucoup plus l'unité du fief, puisque les cadets vont aider l'aîné à remplir le service du fief. Mais tout de même, au bout de quelques générations cela va devenir terriblement compliqué, si bien que dans les coutumes de parage on a été obligé de dire qu'au bout d'un certain nombre de générations, il faudrait que ces puinés ou ces descendants de puinés s'en aillent faire l'hommage au seigneur, et nous arrivons tout de même au démembrement du fief.

Par conséquent, quels qu'aient été les procédés employés, malgré le jeu du droit d'aînesse, malgré tous ces efforts pour essayer de reconstituer artificiellement l'unité du fief, on arrivait à des démembrements.

Finalement, même s'il n'y avait pas eu par suite du développement de l'autorité royale et de la constitution des armées permanentes, l'organisation de la paix, si même on n'était pas arrivé par là à la suppression pratique du service féodal, ce service féodal aurait dû tout de même disparaître, parce qu'il n'y avait presque plus d'individus qui aient de quoi payer le haubert, et le service militaire aurait disparu complètement.

Par conséquent, avec ce système, nous arrivons forcément, progressivement à quelque chose qui rend impossible l'organisation militaire du fief, et un système qui nous donne donc la patrimonialisation hérititaire très nette, très précise dans le fief, sauf cette formalité de l'hommage.

Quand il n'y a que des fils on en voulait à supprimer l'affinité

Pour être complet il convient d'ajouter qu'à côté de ce droit d'affinité, il y avait eu un privilège de masculinité que vous connaissez: les femmes ne pouvaient hériter des fiefs lorsqu'il y avait des garçons mais lorsqu'il n'y avait que des filles, il y a eu d'abord dans certaines régions un droit d'affinité au profit de la fille affinée, mais progressivement, dans l'ensemble de la France, on est arrivé à décider que lorsqu'il n'y avait pas de fils, qu'il n'y avait que des filles, le droit d'affinité serait supprimé et que le fief tomberait en quenouille, c'est-à-dire serait partagé, et ceci a été assez vite l'usage de France, puisqu'en 1171, le comte de Sancerre, un comte français est venu dans l'Orient latin; et sous son influence pour suivre le droit commun de France, on a fait vers 1177 une assise en vertu de laquelle le fief devait être partagé par parts égales, lorsqu'il n'y avait que des filles, on corrigeait le système par un jeu de fréfrage, les cadettes, les filles puînées faisant hommage à l'affinée et l'affinée devenant comme le miroir de ce fief, mais c'était tout de même le fief en quenouille.

2° - L'aliénation du fief à titre gratuit. Lorsqu'on a admis que le fief devenait héréditaire, on a été amené à admettre aussi que le fief pourrait être aliéné à titre gratuit. L'aliénation hors de la famille en ligne directe, hors de l'héritier le plus proche la donation entre vifs à d'autres qu'à l'héritier le plus proche, me paraît n'avoir jamais été admise, au moins dans l'Orient latin. M. Grandclaude croit pouvoir être sur ce point, pour cette région, affirmatif. Et alors ici, on ne pouvait pas l'admettre, parce que ç'aurait été contre la règle d'après laquelle les fiefs ont été donnés à tous héritiers, ç'eut été faire sortir un propre de son rôle de propre. Mais seulement lorsqu'on le remettait à l'héritier le plus proche, il y avait encore une difficulté qui venait de ce que le vassal était obligé pour remettre le fief à son héritier de fausser la foi qu'il devait au seigneur, il était donc obligé d'obtenir du seigneur l'annulation du contrat de fidélité et d'hommage qui les liaient l'un à l'autre, et ceci a présenté des difficultés, et il y a eu à ce sujet pas mal de procès. On a fini par trouver un système, certaines paroles sacramentelles pour arriver à ce résultat, et on y est arrivé, et finalement il a toujours été possible de remettre, d'obtenir par conséquent l'annulation de l'hommage, de remettre le fief au seigneur qui réensaisinait

l'héritier le plus proche.

Toutefois, ceci ne semble pas avoir été admis pour des parents plus éloignés; et ici on exigeait toujours le droit de relief, c'est-à-dire le versement d'une somme égale au revenu d'une année du fief.

Les difficultés présentées par l'aliénation du fief. Rupture du lien personnel, échec à la disposition à X et à ses hoires

Caractère exceptionnel de l'aliénation du fief dans l'Orient latin

On n'aliène le fief que pour exécuter le débiteur insolvable

La vente n'a lieu que si le débiteur n'a plus d'autres biens.

Formalités dont s'entoure la vente

Pouvait-on admettre l'aliénation à titre onéreux de l'intégralité du fief ? Aliéner à titre onéreux l'intégralité du fief présentait une double difficulté: d'abord, pour cela, il fallait quitter la foi de son seigneur, et obtenir, par conséquent, la rupture de ce lien personnel qui existait entre le vassal et le seigneur; Il y avait ensuite une deuxième difficulté, c'est qu'on allait contre la loi de la donation du fief qui disait fief à soi et à ses héritiers. Par conséquent, en principe, cette aliénation d'abord n'a pas été admise, mais elle a fini par l'être. Et dans l'Orient latin, elle n'a jamais été admise que sous cette forme. L'Orient latin en effet était comme une sorte de compromis entre les différentes coutumes de France, c'est en quelque sorte une espèce de moyenne entre les différentes coutumes françaises, on a cherché à faire là-bas quelque chose qui corresponde aux coutumes françaises de l'ensemble de la France et non pas de telle ou telle région déterminée, si bien que cela représente plus la moyenne française que par exemple la coutume de Paris, et c'est pour cela que M. Grand-claude la préfère à la coutume de Paris ou de Normandie, ou telle coutume déterminée. En réalité leurs dispositions ont été surtout empruntées aux coutumes de Normandie parce que c'étaient les plus logiques de France. Ici, on a décidé que le fief ne s'aliène pas, mais si un vassal a des dettes, on mettra parmi les mesures d'exécution du débiteur la vente du fief. La vente du fief n'apparaît donc pas dans cette coutume, et encore au XIII^e siècle, elle n'apparaît pas comme un droit véritable, mais plutôt comme un incident de la procédure de déconfiture d'un vassal.

D'après le chap. 27 du livre de Philippe de Novarre, voici comment les choses se passent: le créancier poursuit son débiteur, il tâche de faire réaliser tous les meubles du débiteur et toutes les bourgeoisie du débiteur, c'est-à-dire toutes ses terres qui ne sont pas des fiefs. Lorsque tout ceci est épuisé et que la dette n'est pas payée, alors on va en cour, là le débiteur fait abandon de son fief entre les mains du seigneur qui le quitte de sa foi. Le seigneur ensuite, pendant trois quarantaines, dans trois villes différentes, fait annoncer que le fief est en vente; et au bout de ces trois quarantaines, on revient à la cour et là on procède à la vente aux enchères du fief. L'acquéreur doit être, en principe tout au moins, un

chevalier et un chevalier d'âge militaire. A ce moment là alors, le vassal qui ne peut plus payer doit jurer à nouveau qu'il n'a rien d'autre que ce fief pour payer ses dettes. Après cela le seigneur doit ensaisiner l'acquéreur du fief, il est tenu de l'ensaisiner, il ne peut pas dans cette coutume exercer le retrait seigneurial qu'il pourrait exercer dans d'autres régimes. Après que cet ensaisinement est fait, le nouveau titulaire devient le propriétaire du fief.

Voilà quel était le système. Cette assise sur la vente du fief date du XIII^e siècle, mais probablement pas du début du XIII^e. Elle a été maintenue dans toutes ces dispositions jusqu'au XIV^e siècle et même au XV^e, et jusqu'à cette époque, on a posé en principe là-bas, dans l'Orient latin, que le fief ne pouvait pas être vendu pour d'autres causes que pour extinction des dettes.

Du reste, ce principe de l'Orient latin n'est pas spécial à l'Orient latin, dans les libri feudorum nous avons (2, 9), une disposition qui nous dit que d'après la coutume la meilleure il est interdit de procéder à l'aliénation du fief. C'est le même principe. Mais, pratiquement, on a fini par admettre que le fief pouvait se vendre dans l'ensemble de la France. C'était une conséquence forcée du régime de la patrimonialité. Et Guillaume Durand nous dit: "évidemment, d'après la rigueur du droit, le fief ne pourrait pas être vendu, mais pratiquement on peut le vendre dans la plupart des coutumes de France, ceci est devenu une habitude, la vente a fini par devenir libre, à condition de vendre la totalité du fief et à la condition de payer au seigneur le quint, c'est-à-dire une somme d'argent égale au cinquième du prix de vente. Le quint devait être payé en principe par le vendeur; s'il n'était pas payé par le vendeur, s'il était payé par l'acheteur, l'acheteur devait payer le quint du vendeur plus le cinquième de ce quint, le requint."

De plus, dans la plupart des coutumes de France, lorsqu'une vente de la chose était faite, le seigneur pouvait exercer le retrait seigneurial, c'est-à-dire reprendre le fief, s'il le voulait, en payant le prix de vente, et il y avait même des coutumes dans lesquelles les fiefs étaient dits fiefs de danger, c'était le cas en Normandie, en Champagne et en Bourgogne. Dans ces régions, il était impossible de vendre le fief sans avoir au préalable obtenu l'autorisation du seigneur, sinon il pouvait exercer la commise du fief, le confisquer purement et simplement.

Voilà quelles ont été les dispositions relativement à l'aliénation totale du fief à titre onéreux.

Nous allons nous occuper maintenant de l'aliéna-

Dans les coutumes de France le bien peut être vendu en totalité, et moyennant le paiement du quint au seigneur

Le seigneur peut exercer le retrait granger, en payant le prix

L'aliénation partielle du fief.

tion partielle du fief.

A première vue, il semblerait que l'aliénation partielle du fief ait dû être acceptée plus aisément que n'l'aliénation totale. C'est qu'en effet, dans l'aliénation totale du fief, il y avait une difficulté d'ordre juridique: le lien personnel qui unissait le seigneur au vassal devait être rompu et, par conséquent il y avait là quelque chose qui présentait une complication. Au contraire, lorsqu'il s'agit d'une aliénation partielle du fief, il semblerait que les choses doivent se passer beaucoup plus aisément, puisqu'alors le vassal qui conserve une partie de son fief peut continuer à prêter l'hommage à son seigneur, peut maintenir le lien personnel qui l'unit au seigneur. Il semblerait donc que l'on puisse considérer cette aliénation partielle comme res inter alios acta, ne concernant pas le seigneur et devant être tolérée par lui.

Dangers de l'aliénation du fief: le vassal s'appauvrit et risque de ne plus fournir les services

Il semble bien, en effet, que ce soit ainsi que les choses se soient d'abord passées, mais on s'est rendu compte assez rapidement qu'en réalité l'aliénation partielle du fief était pour un seigneur quelque chose d'infiniment plus dangereux qu'une aliénation totale: si quelqu'un aliène une partie de son fief, il diminue le gage qu'a vis-à-vis de lui son seigneur, il diminue la source de richesses grâce à laquelle il pourra entretenir son armement et se mettre en état de faire le service. Par conséquent, il y a là pour le seigneur un danger particulièrement grave, et toutes les coutumes françaises, toutes les coutumes féodales ont, les unes immédiatement, les autres plus tardivement, interdit les aliénations partielles sans le consentement du seigneur.

D'une façon générale, les coutumes ont distingué deux catégories d'aliénations: la démembrément ou la sous-inféodation du fief, d'une part, l'aliénation d'un quartier de fief, d'un morceau de fief, d'autre part. Et ici, alors les solutions ont été différentes pour les deux cas. Prenons par exemple les assises de Jérusalem que je cite assez souvent parce que, composées de solutions empruntées aux différentes coutumes de France, elles ont été comme un essai de construction d'un droit commun coutumier de la France. (Ce-ci est du reste si vrai qu'au XVII^e siècle, on les a étudiées de ce point de vue). Eh bien, dans les assises de Jérusalem, la distinction entre le démembrément, la sous-inféodation, d'une part, et l'aliénation d'autre part, est très nettement distinguée. Une assise de Godefroy de Bouillon lui-même, a décidé que le démembrément de fief, c'est-à-dire le démembrément en vue de faire une sous-inféodation, serait permis.

Les assises de Jérusalem autorise la sous-inféodation d'une petite partie du fief.

Godefroy de Bouillon a prévu que lorsqu'on aurait un fief de plusieurs chevaleries on pourrait sous-inféoder ce fief, c'est-à-dire donner une partie de ce fief à un chevalier pour qu'il fasse le service de chevalerie.

Et, en effet, il semble bien à première vue que ceci doive être tout à fait normal et tout à fait permis, car lorsqu'on donne à un individu un fief de 10 chevaleries par exemple, ceci veut dire qu'on lui donne un fief à la condition qu'il fasse le service avec neuf autres chevaliers, ce qui fait les dix chevaliers. On le laisse donc libre, ou de garder pour lui tout le revenu du fief de dix chevaleries, et d'entretenir à ses frais des compagnons qu'il armera, des mercenaires qui viendront à côté de lui sous sa banière pour se rendre à l'appel royal. Mais en l'autorise, bien entendu, en même temps, s'il le préfère, à sous-inféoder ce fief de dix chevaleries et à venir avec des gens qui, au lieu d'être des vassaux soldés seront des vassaux chasés, des vassaux ayant un fief. Et il est très difficile et même impossible de savoir si dans l'assise de Godefroy de Bouillon on entendait permettre de faire avec un fief de chevalerie neuf sous-inféodations ou si on ne permettait pas d'en faire un aussi grand nombre. Je ne le sais pas, les textes ne le disent pas. Mais ce qu'il y a de certain, c'est qu'au XIII^e siècle, le principe était très nettement admis; il est interdit de sous-inféoder la totalité du fief, on a le devoir de conserver pour soi, dans son mansus indominicatus en exploitation directe, sans inféodations, la plus forte partie du fief. Seulement, il y avait des discussions, des controverses sur la question de savoir comment il fallait compter la plus forte partie du fief, et ici il y a eu des controverses surprenantes. Ainsi, Philippe de Novare nous dit qu'on se posait la question de savoir comment calculer cette plus forte partie du fief: incontestablement nous dit-il, le seigneur doit conserver pour lui plus que la moitié du fief total. Si vous avez, par exemple, un fief de cent hectares, on suppose qu'il faut dix hectares pour représenter une chevalerie, il était obligé de conserver pour lui au moins 51 hectares.

On admet que le vassal doit conserver plus de la moitié du fief

Mais, la discussion alla même plus loin que cela, on se disait: s'il a concédé un certain nombre de chevaleries; par exemple s'il a sous-inféodé 45 hectares, est-ce qu'il peut encore inféoder quatre hectares ? Ici, Philippe de Novare répond: oui, puisqu'il en restera encore 51, c'est-à-dire la plus forte partie du fief. Mais il ajoute que certains contestent cette opinion et disent qu'il faut faire un calcul

infiniment plus compliqué. Il faut se demander ceci: est-ce que tous les fiefs qui ont été sous-inféodés, les plus grands et les plus petits, représenteraient si l'on multipliait la totalité des sous-inféodations par le fief le plus grand, quelque chose d'inférieur à 49 hectares; il faut que la multiplication des fiefs les plus gros qui ont été sous-inféodés arrivent à faire moins que 49 hectares, de façon à ce que, s'il y avait un jour une protestation entre ses arrières-vassaux, qu'ils veuillent avoir tous le même chiffre, le seigneur ne se trouve pas obligé de donner quelque chose qui, finalement, dépasserait la moitié du fief.

Jean d'Ibelin reprend la question, et il suppose des fiefs en argent; il y avait, en effet, beaucoup de fiefs en argent, et il nous dit: si vous avez un fief de 3.000 marcs d'argent, qu'est-ce que vous pouvez faire comme sous-inféodations? Si vous faites deux sous-inféodations, vous pourrez les faire de 900 marks, parce que 900 et 900 cela fait 1.800, il reste 1.200, ce qui est plus fort que l'une des deux sous-inféodations. Façon de calculer différente. Avec lui, la part la plus forte conservée arriverait à être quelque chose d'inférieur à la moitié.

Ces discussions nous montrent qu'on ne savait pas du tout comment calculer la part la plus forte, et j'en suis à me demander si dans l'assise de Godefroy de Bouillon on ne se contentait pas de dire que l'on pouvait sous-inféoder par parts de service, je me demande si on ne disait pas qu'un fief de chevalerie étant de dix hectares, ayant cent hectares on pouvait sous-inféoder neuf chevaleries et 90 hectares. J'en suis à me le demander. Cela se pourrait, et ce serait intéressant parce que ce serait d'accord avec l'évolution qui semble bien avoir été générale dans l'ensemble des coutumes.

On a commencé par admettre librement les sous-inféodations qui ne modifiaient pas le lien personnel unissant le seigneur à son vassal; on s'est rendu compte ensuite du danger de ces sous-inféodations qui présentaient le même inconvénient qu'une aliénation, puisqu'on perdait la jouissance de tout le fief pour n'avoir plus que la jouissance de quelques droits de quint, de requint, de relief, par conséquent on finissait par ne plus avoir qu'un revenu insignifiant, trop faible pour l'entretien du fief.

D'autre part, il y a eu une situation tout à fait analogue, prévue en matière d'acensement de fiefs, de mise en censive du fief, on a d'abord autorisé les acensements de fiefs comme on a autorisé les sous-inféodations. Un individu qui avait un fief pouvait, s'il le voulait, bailler son fief en censive à un roturier

lui devait ensuite les cens et les différents profits qu'on peut retirer de la censive pour ce fief. Ceci semble avoir été absolument permis, parce que cela ne modifiait évidemment pas les rapports personnels qui unissaient le vassal au seigneur, ceci apparaissait, somme toute, comme une manière d'exploiter dans le sens économique du mot, comme une sorte d'exploitation du fief et de la jouissance qu'on pouvait avoir sur ce fief. Mais, les mêmes inconvénients ne sont produits pour les acensements que pour les sous-inféodations, et les mêmes restrictions se sont produites. C'est ainsi qu'au XIII^e siècle, ces sous-acensements ont été réglementés d'une façon sévère.

Voici en effet, ce que nous rapporte Beaumanoir, dans les coutumes de Beauvaisis (N° 1489 -édition Salmon). Il nous dit qu'il y avait eu un procès qui rouloit sur le point suivant: un vassal qui s'appelait Pierre avait une partie de son fief en censive; il a ensuite racheté ce droit de censive qui pesait sur son fief, puis, après l'avoir racheté, il a de nouveau acensé son fief à un autre roturier. Vous comprenez bien le mécanisme: il a un fief avec censive, il a fait hommage pour un fief sur lequel pesait une censive, il rachète la censive, il réacense ensuite à un autre individu. Il y a donc eu un moment où son fief s'est trouvé un fief sur lequel ne pesait aucune censive. Il a donc racheté une sous-aliénation et refait lui-même une sous-aliénation. Eh bien, le seigneur a plaidé contre son vassal, il a dit qu'il n'avait pas le droit de démembrer son fief, par le droit de faire ce sous-acensement et de le diminuer. Et Beaumanoir nous dit qu'on a donné tort au vassal et qu'on a dit qu'il ne pouvait effectivement pas faire cet acensement sans l'autorisation de son seigneur, alors qu'en réalité, vous le voyez, le seigneur ne perdait rien.

Nous n'avons pas encore parlé des aliénations pures et simples et nous avons remarqué qu'on avait distingué dans les coutumes les deux hypothèses.

Pour les aliénations pures et simples mais partielles du fief, c'était alors une défense absolue sans l'autorisation du seigneur. Nous avons sur ce point un texte du livre au roi qui date du XII^e siècle et qui est extrêmement précis sur ce point (libre au roi, chap. 41): "Bien sachez que nul quartier de "fief ne se peut vendre en nulle cour. Ni le seigneur "ni ses hommes liges ne doivent souffrir qu'on le vendre, et s'il se vend, cette vente ne devra rien valoir. Ainsi juge la raison que celui qui vendrait ce fief, son seigneur pourrait le lui reprendre par droit à toujours. Si bien qu'il perdrait tout ce qu'il aurait et l'acheteur perdrait tout ce qu'il aurait

Réglementation du sous acense- ment

Interdiction de l'aliénation partielle sans autorisation du seigneur

donné". Vous voyez, on ne peut pas être plus précis pour l'interdiction absolue de la sous-aliénation, et en posant ce principe le livre au roi ne fait même pas une distinction entre le cas où le seigneur aurait autorisé cette sous-aliénation, cette aliénation partielle ou le cas où il ne l'aurait pas autorisée. Le principe est: défense de faire une sous-aliénation, et cette défense visait non pas seulement l'aliénation partielle d'un quartier de fief à titre onéreux, mais elle visait encore les abonnements de taille et de corvée; elle visait les chartes d'affranchissement; elle visait les affranchisements individuels d'un serf; tous les abrégements de fief étaient interdits et la sanction était la commise. Seulement, si un seigneur direct s'en va autoriser la sous-aliénation par le vassal, il sera très mal placé après pour demander la commise de ce fief: Comment ! vous avez laissé faire cette sous-aliénation contrairement à la règle générale, et vous demandez maintenant la commise ! vous ne le pouvez pas ! Et alors, si un seigneur immédiat autorisait ainsi la vente d'une partie du fief, il ne pouvait plus pratiquement procéder à la commise, mais le seigneur supérieur à celui-là pouvait lui demander la commise, et il demandait la commise contre les deux, il demandait la commise contre le vassal direct qui avait fait cette sous-aliénation, il demandait la commise contre le seigneur supérieur qui avait consenti à cette aliénation.

Un seigneur supérieur peut prononcer la commise si le seigneur direct a consenti

Par conséquent, vous voyez quelle était la sanction: si un seigneur direct consent à cette sous-aliénation, le seigneur supérieur prononce la commise, et ceci indéfiniment. Mais, si en fait, le seigneur direct arrive à obtenir l'autorisation de son seigneur à lui, et puis celui-ci de son seigneur à lui, jusqu'à ce qu'on aille au baron, alors pratiquement, aucun de ces seigneurs ne pourra plus demander la commise et on arrivera pratiquement à rendre possible l'aliénation partielle du fief, si on obtient une autorisation, l'assentiment de tous les seigneurs intermédiaires, depuis le seigneur direct jusqu'au baron inclusivement. Et les assises de Jérusalem ainsi que le livre de Jean d'Ibelin (chap. 142 et 143) sont à ce point de vue tout à fait intéressants. Jean d'Ibelin nous dit que le principe est la défense d'aliéner une partie du fief et la commise contre celui qui aliène une partie du fief, mais il interdit de demander cette commise si on a autorisé cette aliénation. De sorte qu'on arrive à ceci, c'est que pratiquement, sans qu'on ait supprimé la règle de l'interdiction, si tous les seigneurs intermédiaires jusqu'au baron autorisent la sous-aliénation, cette sous-aliénation, cette

En fait l'assentiment des seigneurs intermédiaires suffit

aliénation partielle deviendra possible, et l'on a retourné la règle ancienne, défense de faire une aliénation partielle et on est arrivé à ce principe: droit de faire une aliénation partielle à la condition d'avoir l'autorisation de tous les seigneurs intermédiaires, et c'est la règle qui est posée par l'ensemble des coutumes françaises.

Voyons maintenant très rapidement parce que le point est fort simple, quels ont été les droits du vassal et les droits des différents seigneurs sur les fiefs.

Droits du vassal sur un fief.

Sans insister sur ce point, présentons sommairement la conclusion de tout ce qui se dégage de ce que je vous ai dit jusqu'ici.

Le vassal a évidemment vis-à-vis de son fief des droits et des devoirs.

Des droits: il a un droit de jouissance, un droit d'usus, si vous voulez, et un certain droit de disposition, un certain droit d'abusus pour employer une expression romaine. Il a évidemment tous les profits honorifiques du fief; il a aussi tous les profits de justice du fief, si le fief est un fief de justice; tous les droits de banalité du fief si le fief est un fief ayant le droit de ban. Il a enfin tout les profits pécuniaires qu'il est possible de retirer du fief il a donc le profit des fruits de la terre du fief, si ce fief est indominicatus. Il a le droit de prélever, d'autre part, les profits d'une censive si le fief a été l'objet de l'acensement. Nous prenons le plus arrière des fiefs ici, vous le voyez. Il a enfin le droit de tirer les profits qu'un seigneur peut tirer de son serf ou de ses manants. Il a, d'autre part, évidemment des droits de disposition: il a le droit de succession et les droits d'aliénation limités que nous avons vus tout à l'heure.

Ce même vassal a, d'autre part, des devoirs à cause du fief, devoirs de fidélité qui peuvent être sanctionnés par la commise; devoir de service que vous connaissez; devoir de rendre l'hommage qui peut être sanctionné par la saisie du fief; devoir enfin de payer les droits de relief, les droits de quint ou de requint, et puis les autres droits pécuniaires qui peuvent se décider. Je n'insiste pas sur ces points, il suffit de renvoyer aux explications précédentes.

D'autre part, quels sont les droits et devoirs du seigneur direct? Le seigneur direct a évidemment le droit à la fidélité et au service: le droit à l'hommage; le droit au relief, quint, requint; le

Droits et devoirs du vassal

Le vassal a le droit de jouissance; il a dans une certaine mesure un droit de disposition

Droits de justice.

Devoir de fidélité, d'hommage, de payer les droits

Le seigneur direct a droit à la fidélité, à l'hommage;

il perçoit
les droits

droit au retrait seigneurial en cas d'aliénation du fief; le droit à la commise; le droit à la reprise de jouissance pour défaut d'hommage; le droit de reprendre le fief en cas de deshérence, au moins jusqu'au XIII^e siècle. Il avait, d'autre part, évidemment, des droits de disposition: il est évident qu'il avait le droit de succession et le droit d'aliénation de ces droits qu'il avait sur le fief.

Le seigneur intermédiaire a des droits sur son vassal, des devoirs envers son seigneur

Ce même seigneur a, d'autre part, des devoirs pour le fief qu'il tient, des devoirs de fidélité ou de service vis-à-vis de son seigneur supérieur; des devoirs d'hommage vis-à-vis de ce seigneur supérieur; des devoirs de payer le relief, le quint, le requint, etc.... su seigneur supérieur.

Cette situation du seigneur supérieur, nous la retrouvons à toutes les échelles jusqu'au baron exclusivement qui lui, aura les droits et n'aura plus les devoirs.

Les tenures roturières

Origines complexes et mal définies de la tenure roturière

Nous allons reprendre ici le plan que nous avions adopté à propos des fiefs: plan semi-historique, semi-logique. Nous allons voir d'abord quelles sont les origines diverses de la censive, de la tenure roturière; nous verrons comment cette teneure roturière s'est patrimonialisée au profit du censitaire; et puis, nous verrons enfin quels ont été sur cette censive les droits du censitaire et les droits des seigneurs censiers successifs.

Origines diverses des censives

Evidemment il y a pas mal d'origine aux censives et quand on en indique quelques-unes on est à peu près assuré d'être incomplet, et quelquefois, on est trop complet, parce qu'il y a parfois des tenures qu'on pourrait indiquer comme origines de la censive et qui, en fait, n'auront peut-être pas donné pratiquement une censive, parce qu'il y a eu des modifications de détail, des modifications tenant à des circonstances locales particulières tellement nombreuses qu'une règle trop générale fausse un peu la réalité. Il faudrait faire des séries de monographies qui sont du reste impossibles à établir pratiquement; on peut faire quelques monographies de fiefs, c'est très malaisé, mais des monographies de tenures roturières, c'est encore infiniment plus difficile. Par conséquent, c'est plutôt, si vous voulez, une série de déductions que je vais vous présenter qu'une affirmation véritable reposant sur des textes tout à fait précis.

Une des origines les plus importantes, probablement l'origine la plus importante de la censive, de

La précaire est une des origi-

nes de la censive.

Les motifs de concession de la précaire sont des plus variés

tenure roturière de l'époque féodale, c'est la précaire.

Qu'est-ce que c'était que la précaire ? La précaire a surtout une origine ecclésiastique et vous savez que les évêques ou les abbés avaient assez l'habitude de concéder à leurs clercs outre le stipendium, outre, pour employer une expression terriblement moderne, outre le traitement, de leur concéder une terre à cultiver. Cette pratique n'a pas été seulement appliquée vis-à-vis des clercs, elle a été aussi appliquée à des laïcs et on a concédé des terres à des laïcs pour des motifs extrêmement divers: parfois pour qu'ils exploitent la terre, parfois, par conséquent, dans un but économique, on la leur a donnée à exploiter comme on la donnerait à un fermier aujourd'hui pour qu'il l'exploite. D'autre fois, la terre était ainsi concédée à précaire à quelqu'un, parce qu'il était un client de l'évêque ou de l'abbé, parce qu'il avait rendu des services à l'abbé ou à l'évêque, parce qu'il était par exemple, un vieux domestique dont on était satisfait. D'autrefois, aussi, on la donnait à des protégés des évêques ou des abbés. Quelquefois aussi, c'était une pure libéralité, un pur cadeau qu'on faisait à quelqu'un.

Les motifs de concession à précaire ont été extrêmement variés: reconnaissance de services, libéralité pure et simple, ou bien, au contraire, exploitation de la terre dans une condition qu'on cherchait à rendre aussi favorable que possible à l'économie générale.

Souvent un petit propriétaire fait remise de son alleu à l'église, qui le lui rend à titre précaire, augmenté d'une quantité égale de terres

Enfin, il y a eu d'autres précaires qui ont été concédées à quelqu'un en échange d'une terre dont on faisait don à l'abbé ou à l'évêque. Vous savez que ce système a été très répandu à l'époque des commandançons, à l'époque des crises économiques, à l'époque des insécurités. Un petit propriétaire pauvre, inquiet, qui craignait une confiscation violente de la part de puissants voisins, ou les conséquences des invasions normandes, donnait son alleu, sa petite tenue en alleu à l'Eglise; l'Eglise devenait propriétaire de cet alleu et ensuite le rendait à titre précaire à ce pauvre homme, et quelquefois elle lui rendait à titre précaire, non seulement l'ancien alleu de cet individu mais encore une autre terre en plus, de façon à ce qu'il ait un profit. Et ceci devenait une forme d'exploitation économique qui était l'intérêt des deux parties: l'intérêt de l'Eglise qui étant une personne morale, assurée d'une très longue durée, pouvait avoir intérêt à faire une concession précaire à quelqu'un pour recevoir de ce quelqu'un une terre qui devenait sa propriété à elle, l'Eglise; c'était, d'autre part,

La concession fut faite pour cinq ans.

Puis on admis la tacite reconduction.

En fait peu à peu la concession devient viagère, sauf le droit de reprise du concédant

Le précariste qui avait donné un alleu pour le reprendre à titre précaire avait, en fait, une situation très forte

l'intérêt de cet individu, qui, s'il perdait son titre de propriété, perdait son abusus sur une terre d'un hectare par exemple, et obtenir l'usus d'une terre de deux hectares

Voilà quels ont été les motifs de concession à précaire.

Ces concessions à précaire ont d'abord toujours été faites d'une façon très incertaine, c'est du reste de là que vient ce mot concession à titre précaire. A l'origine, les églises concédaient leurs terres pour cinq ans, jamais plus de cinq ans, et au bout de cinq ans, il fallait une concession nouvelle pour qu'on puisse de nouveau tenir la terre; et même avant l'expiration de ces cinq ans, l'Eglise pouvait, théoriquement tout au moins, reprendre la tenure. Plus tard, on a cessé de faire cette espèce de reprise de la tenure au bout de cinq ans et on a décidé que si personne, ni le concédant, ni le concessionnaire ne manifestait l'intention de s'en aller, il y aurait une espèce de remise par tacite reconduction sans qu'on soit obligé de renouveler l'acte tous les cinq ans. Et puis, il s'est passé quelque chose de plus grave: on a fini par admettre qu'il serait possible de ne plus fixer le délai de la concession à précaire, on a fini par admettre que si une terre concédée à quelqu'un sans qu'on ait fixé aucun délai restait entre les mains du concessionnaire toute la vie du concessionnaire, à la condition que le concédant ne lui reprenne pas, puisqu'il conservait toujours le droit théoriquement tout au moins, de reprendre la terre. Vous voyez comment les choses se sont passées.

La commodité de ceci c'est qu'évidemment de la sorte à l'origine le tenancier ne pouvait pas se considérer comme propriétaire, puisqu'on refaisait l'acte extérieur de concession tous les cinq ans. Ensuite on a décidé qu'il y aurait une sorte de continuation par tacite reconduction, même si au bout de cinq ans on ne faisait pas un renouvellement; et puis, pratiquement, on a fini par ne plus faire de renouvellement du tout, et par considérer que la concession durait toute la vie du concessionnaire si le concédant ne la reprenait pas.

Mais il y avait pas mal de concessions à précaire qui avaient été faites à des individus qui avaient antérieurement donné au concédant leurs alleux; ceux-là il était difficile moralement, je ne dis pas juridiquement, mais moralement, de les renvoyer, ceux-là pratiquement, on était obligé de les laisser sur la terre toute leur vie, et pratiquement on était moralement obligé de permettre à leurs enfants de demander et d'obtenir le jouir encore à nouveau de cette terre.

De sorte que ces concessions à titre précaire se sont stabilisées progressivement, tout au moins au profit des individus qui, à l'origine, avaient fait une donation à l'Eglise.

Peu à peu il y a confusion entre les situations des différents précaris- ristes. On admet même que les en- fants du préca- riste défunt de- vaient être mis en possession

On comprend comment ceci s'est fixé et comment nous sommes arrivés à avoir des précaires qui ont pris une solidité singulière. Au bout d'un certain temps, on a fini par perdre le souvenir de l'origine de la précaire, on en est arrivé à ne plus savoir très souvent si un individu qui tenait une précaire la tenait parce que son père, son grand-père ou son arrière grand-père en avait fait une concession à l'Eglise, on a fini par confondre tous les précaristes et par admettre que tous devaient, moralement sinon juridiquement, être maintenus en possession pendant toute leur vie et on a même admis que les descendants d'un précariste défunt devraient être ensuite eux-mêmes remis à nouveau en possession, et la précaire ainsi a fini par se fixer.

Cependant, cette précaire était une concession qui, généralement, était faite sous certaines conditions, contre certaines obligations de la part du concessionnaire. Quelquefois on n'exigeait rien de l'individu auquel on remettait une précaire, on se contentait de pouvoir lui retirer la précaire quand bon semblerait au concédant. Seulement, ce premier système ne présentait pas de danger pour le concédant lorsqu'il renouvelait la précaire tous les cinq ans, parce qu'alors de la sorte, on ne courrait pas le risque de voir une confusion s'établir dans les esprits quant à l'origine de la tenure de ce précariste, en savait, puisqu'on renouvelait tous les cinq ans, qu'il tenait en précaire, qu'il n'était pas propriétaire; mais vous comprenez que le jour où les concessions ont duré pendant toute une vie, il est devenu nécessaire d'exiger quelques prestations de la part du concessionnaire, de façon à ce qu'il soit bien évident que cet individu n'était pas propriétaire mais tenait de la part d'un autre. On a exigé, en d'autres termes, pratiquement un cens recognitif qui devait être payé par le précariste, cens qui était quelquefois un cens purement recognitif: lorsqu'à l'origine dans l'intention des parties, il y avait eu libéralité, le cens était purement recognitif et n'avait pas d'autre but que de montrer que cette terre était une tenure en précaire et non pas en alleu. Mais lorsque la concession était faite dans un but économique et non plus dans un but de libéralité, le cens, au lieu d'être purement recognitif, et par conséquent, d'avoir une valeur marchande insignifiante était à la fois recognitif et économique et pouvait donc présenter une valeur assez consi-

Pour rappeler l'origine le concédant exige du tenancier un cens souvent purement recon- gnitif

déirable, une valeur proportionnelle à un prix de loyer normal.

Parfois le concédant exige, en plus du cens, des corvées

Quelquefois on exigeait du précariste uniquement un cens, quelquefois on exigeait de lui en outre une partie des fruits ou du travail des corvées. Vous voyez que nous avions là tout un ensemble d'organisations extrêmement variées autour de la précaire.

A l'origine le précariste perdait sa précaire s'il n'observait pas les conditions.

Mais peu à peu on se contente de lui faire payer une amende. Le droit du précariste sur la terre tend à se fixer

A l'origine, aussitôt que les conditions de la concession n'étaient plus observées, aussitôt que quelqu'un, par exemple, ne payait pas le cens ou ne faisait pas les corvées ou ne donnait pas les fruits, immédiatement on lui retirait sa précaire, et très souvent on exigeait de lui en même temps qu'on retirait la précaire le paiement d'une amende. Et puis, petit à petit, on a fini par exiger le paiement de l'amende de la part de celui qui n'observait pas toutes les conditions de la précaire, mais on a cessé de lui retirer sa terre, de sorte qu'il a fini par la détenir simplement contre paiement d'une amende, s'il n'exécutait pas ses prestations, mais sans risquer de perdre la terre qu'il tenait.

Les formes de la précaire

La lettre donnée par le précariste ou précaria

La lettre remise par le concédant ou racstaria

Voici très sommairement ce qu'elles étaient: la précaire était un contrat consensuel réalisé suivant des formes très simples: deux lettres, une appelée précaria, par laquelle le futur précariste demandait à l'Eglise ou au puissant seigneur de lui donner une terre en précaire, cette lettre était conservée par le concédant, par le puissant seigneur et elle faisait preuve à son profit contre celui qui avait écrit la lettre, cela prouvait que la terre n'était tenue par un tiers que parce que celui-ci avait demandé à la tenir à titre précaire; et d'autre part, alors, celui qui faisait la concession donnait une lettre qu'on appelait la praestaria qui, celle-là, était écrite par le concédant et qui était conservée par le précariste et dans laquelle le concédant disait qu'il concédait telle terre et fixait les conditions auxquelles il la donnait, il indiquait le cens, etc....

Voilà tout simplement comment l'acte était réalisé. Du reste, vous avez une formule de précaria dans Marculf (2,5) et une formule de praestaria dans Marculf (2, 40).

Le bénéfice

La précaire n'est pas la seule tenure qui ait donné naissance à la censive. Le bénéfice est aussi à l'origine de

La deuxième tenure qui ait donné naissance à la censive est évidemment le bénéfice. Nous n'aurons presque rien à vous dire du bénéfice, parce que, en réalité, la pratique du bénéfice est assez ancienne. Rappelons qu'il y avait eu deux espèces de bénéfices le grand bénéfice donné par le roi ou par un puissant personnage à un autre personnage de rang important

la censive.
Le grand bénéfice a donné naissance au fief et une autre catégorie de bénéfices plus petits qui étaient concédés, ce à la censive au fief, le petit bénéfice à la censive

Le bénéfice, est dès l'origine, une concession viagère

Fusion de la précaire devenue en fait viagère et du bénéfice

Avec la renaissance de l'activité économique on concède des terres pour les faire défricher

La concession est faite le plus souvent à des hommes libres

Le bénéficiaire est redevable d'un cens, d'une part des fruits de corvées. Ressemblances avec la censive

et qui a donné naissance au fief et une autre catégorie de bénéfices plus petits qui étaient concédés, ceux-là, non seulement par les rois, les églises ou les grands, mais encore par les personnalités de rang moindre et qui étaient donnés à de petites gens.

Entre ces bénéfices et les concessions à précaire dont je vous ai parlé dans la dernière leçon, il y avait à l'origine une différence importante. La précaire était concédée pour cinq ans et renouvelable; le bénéfice, lui a été concédé pour toute la vie du bénéficiaire, mais, bien entendu, ce bénéfice était révocable. Par conséquent, il y avait une différence entre les deux.

Du jour où la précaire s'est reconstituée au bout des cinq ans par tacite reconduction, du jour surtout où on a fait des concessions à précaire, qui sauf révocation, duraient toute la vie du concessionnaire il n'y a plus eu de différence entre ce bénéfice et cette précaire, les deux institutions se sont confondues.

Par conséquent, inutile d'en parler plus longuement. Les deux noms de ces institutions, différentes à l'origine, fondues par la suite, devaient disparaître l'un et l'autre un jour pour faire place à ce mot nouveau: la censive.

L'hostise

Une troisième origine de la censive roturière de la période purement féodale, c'est l'hostise. L'hostise, en réalité n'est qu'une variété de la censive ou de la précaire ou du bénéfice. Lorsque surtout à partir des croisades, lorsqu'il y a eu une certaine reprise d'activité économique et lorsqu'on a cherché plus que par le passé à défricher des terres nouvelles et à les mettre en culture, on a eu l'idée de concéder les terres à défricher à des hommes qui, généralement étaient des hommes libres; il était assez difficile pratiquement d'appeler sur une terre à défricher des serfs, parce que leurs seigneurs auraient pu les réclamer et auraient eu contre eux un droit de poursuite par conséquent, la plupart de ceux qu'on appelait ainsi pour défricher des terres se trouvaient être des hommes libres. Mais ce n'étaient pas toujours des hommes libres. On leur concédait la terre à la condition qu'ils la défrichent, et à la condition ensuite qu'ils payent un cens et qu'ils remettent au seigneur une partie des fruits de la terre qu'ils avaient cultivée, à la condition qu'ils donnent aussi quelques corvées. Si bien qu'entre ces hostise et la censive il n'y avait à peu près pas de différence. Généralement, le mot censive était réservé aux tenures qui étaient depuis toujours, depuis une date immémoriale défrichées et que

l'on cultivait; le mot hostice était réservé à des terres qui étaient défrichées depuis peu de temps, mais qu'on cultivait à peu près de la même façon, si bien que les deux institutions en réalité se confondent, et ce sont presque deux institutions identiques sous des noms différents. Il y a cependant une différence d'origine.

Les tenures serviles. -

La tenure servile est, elle aussi, à l'origine de la censive

Il y a une quatrième origine de la censive qui, celle-là, est assez importante, mais sur laquelle je n'insisterai pas parce que si j'insistais sur elle cela m'entraînerait trop loin; ce sont les tenures serviles. Il faut bien se dire que les tenures serviles se sont très facilement transformées en tenures roturières libres, en censives. Pour s'en convaincre il suffit de réfléchir à ceci que vous savez parfaitement: une tenure servile, qu'est-ce qu'elle devait? elle devait un cens, mais ce cens n'était jamais un cens purement recognitif, c'était toujours un cens, si vous voulez, à valeur économique, c'était toujours un cens assez étendu, car lorsqu'on remettait une tenure à un serf, ce n'était pas pour lui faire une libéralité c'était toujours pour obtenir du sol une exploitation aussi totale, rationnelle et complète que possible. Par conséquent, le cens réclamé était assez élevé. On réclamait ensuite de lui des corvées, mais ces corvées étaient réclamées généralement à merci, c'est-à-dire sans limite. Le cens lui-même était souvent réclamé à merci et sans limite.

Le cens est élevé

Les corvées sont dues à merci

Le serf doit le chevage, il ne peut déguerpir

D'autre part, on réclamait, alors non plus de la tenure mais du détenteur de la tenure, du serf qui était sur cette tenure, on réclamait de lui, parce qu'il était serf, un chevage, espèce de reconnaissance de servitude personnelle de sa dette à soi-même. Et, de plus, on avait contre lui le droit de poursuite, il ne pouvait pas déguerpir.

Voilà quels étaient, en gros, les caractéristiques de la tenure servile.

Quand le serf est affranchi, sa tenure se rapproche de la censive

Le jour où le serf a été affranchi, le chevage a disparu, le droit de poursuite a disparu; par conséquent, la possibilité de déguerpissement a apparu en même temps. La corvée cesse d'être exigée à merci, elle est abonnée; le cens cesse d'être exigé à merci, il est toujours et forcément abonné. Par conséquent, à partir du jour où vous affranchissez votre serf, il n'y a plus pratiquement de différence essentielle entre cette tenure servile et la précaire, le bénéfice l'hostise, les tenures roturières ordinaires. Par conséquent la tenure servile est devenue par le jeu de l'affranchissement des serfs une des origines et même une des origines importantes de la censive. La chose

est extrêmement facile à comprendre.

Du reste, il est tellement vrai que la tenura servile a été une des sources de la censive, que nous voyons parfois des tenures serviles concédées après la disparition du serf à des hommes libres, et même concédées quelquefois à des chevaliers. Nous avons, par exemple, l'exemple d'une charte de Saint-Germain-des-Prés, reproduite dans le cartulaire de Saint-Germain-des-Prés (N° 105) et qui date de la fin du Xème, dans laquelle on voit l'abbaye de Saint-Germain-des-Prés concéder une tenure servile à un chevalier.

Certaines terres libres payant un cens sont à l'origine de la censive; le potens s'étant approprié à titre ce sens l'ancien impôt

L'emphytéose n'est pas à l'origine de la tenure roturière

Résemblances entre l'emphytéose des pays du midi et la censive

Il y a ensuite une cinquième origine des tenures roturières, ce sont les terres libres purement et simplement, qui payaient un cens. Ce n'est pas, si vous voulez une origine juridique, mais, en fait il y a certainement des tenures roturières qui ne sont pas autre chose que des terres libres payant un impôt qu'on a fini par considérer comme un cens.

Il y a encore une autre origine des tenures serviles qu'il faut signaler pour l'écartier, parce qu'il ne faut pas y voir une des origines des tenures serviles, ce sont les emphytées. Il y a eu évidemment des concessions emphytéotiques faites à l'époque mérovingienne, ce n'est pas douteux, il y en a même beaucoup, mais il y en a beaucoup sur les terres d'églises, je ne garantis pas qu'il y en ait eu autant hors des terres d'églises. Il n'est pas étonnant que les terres d'églises aient pratiqué l'emphytéose, puisqu'elles appliquaient le droit romain. Les exemples après l'époque mérovingienne se raréfient et disparaissent au moins dans le nord, cela a subsisté un peu dans le midi. Il y a eu ensuite une espèce de renaissance de l'emphytéose, mais renaissance, je crois, purement verbale, qui date des glossateurs et qui date aussi de l'apparition de la règle "cens sur cens ne vaut". On s'est alors dit qu'il y avait un moyen de tourner la règle cens sur cens ne vaut, de tourner la règle qui défendait à un censitaire de céder sa censive à un autre individu, c'était d'appeler cela une emphytéose. On a changé le mot pour échapper à la règle. C'était possible, évidemment, car en réalité, entre l'emphytéose des glossateurs, et la censive, il n'y a pas de différences foncières. L'emphytéote doit payer un canon; entre le canon et le cens, pure différence de mots. Ensuite l'emphytéote peut dégêper comme le censitaire. S'il veut aliéner sa tenure, l'emphytéote doit payer un certain droit au propriétaire. Entre ce laudinium et les droits de lods et ventes, quelle différence y a-t-il, si ce n'est une différence

verbale ? Enfin, lorsque quelqu'un voulait aliéner une tenue emphytéotique il existait évidemment un droit de préemption au profit du propriétaire, il pouvait reprendre la tenure emphytéotique au moment où on voulait l'aliéner, mais avant qu'on l'aliène. Il y a là une petite différence avec la censive, car dans la censive, on pouvait exercer le retrait censuel, mais celui-ci se faisait après l'opération, la préemption se fait avant. Légère différence.

Avec les glossateurs on se sert du mot emphytéose (masquant la censive) pour tourner la règle "cens sur cens ne vaut"

On voit donc qu'il y a une très grande similitude entre l'emphytéose et la censive, et alors je crois bien que ce mot emphytéose réapparaît dans les textes à l'époque où les glossateurs vont reconnaître le droit romain et la terminologie romaine, mais que cela réapparaît parce que on espérait trouver une espèce de biais pour échapper à l'interdiction nouvelle des sous-acensiements, pour ne pas tomber sous la règle cens sur cens ne vaut. Si bien qu'en réalité ces emphytéoses paraissent être presque toujours de simples sous-acensiements dont on a essayé de camoufler la réalité en prenant un terme romain

On peut écarter l'emphytéose des origines de la tenure roturière, c'est un terme qui a apparu, ce n'est pas une réalité, et si quelquefois ces emphytéoses ont pu et se sont transformées effectivement en censives, c'est qu'en réalité le mot par lequel on avait essayé de camoufler la réalité censive est réapparue

Du reste, encore au XVI^e siècle, Dumoulin quand il parle de l'emphytéose nous dit : "ce terme emphytéose est bien équivoque". Un autre glossateur dit que c'est une question diabolique, qu'on rendait volontairement incompréhensible parce qu'il s'agissait de camoufler autre chose.

Telles sont les principales origines des tenures roturières.

2° - Patrimonialisation des tenures roturières au profit des censitaires

Evidemment, présenter ceci sous une forme unique comme nous allons le faire, c'est fausser la réalité, parce que dans la réalité, il faudrait prendre coutume par coutume, il y a de très grosses différences entre la coutume de Paris, par exemple, et les coutumes voisines; de plus, il faudrait reprendre chacun des différents types de tenures dont nous avons parlé. En appelant tout cela censive, on fausse la réalité et peut-être plus encore le vocabulaire que la réalité. Nous parlerons des tenures qui devaient, outre des redevances diverses, une redevance fixe que l'on appelait généralement le cens, car ce terme même cens n'est pas toujours employé.

La nature des services rend la patrimonialisation des tenures roturières plus facile que celle des tenures féodales

N'importe qui peut acquérir une tenure roturière

Aucun lien personnel ne lie le censitaire au concédant

D'une façon générale, la patrimonialisation des tenures roturières a été beaucoup plus facile et beaucoup plus facilement complète que la patrimonialisation des tenures féodales, des tenures nobles. A cela il y a plusieurs raisons. Il y en a d'abord une très simple, c'est que, évidemment, il n'y avait pas besoin d'aptitudes aussi spéciales pour tenir une roture que pour tenir un fief. Pour tenir un fief, il fallait être apte au service militaire, par conséquent il fallait être majeur (il fallait, c'est-à-dire être adulte), appartenir au sexe masculin et il fallait même, au moins à une certaine époque, être armé chevalier, être noble. Pour tenir une roture, une censive, il n'était pas du tout nécessaire de remplir toutes ces conditions là, et on a admis qu'une roture pouvait être acquise à la rigueur par une femme, à la rigueur par un enfant et on a fini même par admettre qu'elle pouvait être acquise par un homme de n'importe quelle condition sociale, fût-ce un noble. On a mis quelques difficultés, au moins dans certaines coutumes, à admettre la possibilité pour les nobles d'avoir des rotures, et il est même intervenu sur ce point une ordonnance à la fin du XIII^e siècle, pour dire qu'un noble peut acquérir une roture, parce que le point était un peu contesté.

Il y a une autre raison plus importante pour laquelle les censives se sont patrimonialisées plus aisément que les fiefs, c'est que à l'occasion du fief il y avait toujours à côté de l'ensaisinement du fief, à côté du lien réel, il y avait toujours un lien personnel qui se créait entre un seigneur et un vassal. C'est évident, et, par conséquent, pour patrimonialiser le fief, pour déclarer qu'il va devenir héréditaire ou aliénable, il fallait aller contre ce lien personnel qui unissait le seigneur au vassal. Dans le cas du censitaire, ce lien personnel n'existe pas, nous avions simplement des liens réels et il était par conséquent beaucoup plus facile d'arriver à la patrimonialisation parce qu'on n'avait pas à briser ce contrat synallagmatique qui unissait le seigneur à son vassal.

Nous allons donc voir d'abord - je reprends toujours le même plan systématique que pour le fief - d'abord comment ces censives sont devenues héréditaires, ensuite comment elles sont devenues totalement aliénables, et ensuite dans quelle mesure elles ont été partiellement aliénables.

D'abord, elles ont été héréditaires. A l'origine, évidemment, les censives n'étaient pas héréditaires. Je vous ai parlé de la précaire dans la dernière leçon, je vous ai dit que c'était peut-être l'origine

la plus importante de la tenure roturière, et vous savez que cette précaire n'était pas héréditaire.

La censive elle-même ne fut pas à l'origine héritaire

Au surplus, nous avons toute une série d'actes dans lesquels le mot censive apparaît et qui nous montrent que la censive elle-même, je ne dis pas l'origine de la censive, mais la censive elle-même, ne fut pas d'abord héréditaire. C'est un acte (il y en a plusieurs, du reste) de 992 qui provient du cartulaire de Notre-Dame-de-Paris (P. 329), dans cet acte une concession en censive est faite pour trois générations, mais pour trois générations seulement. Evidemment, cet acte-là n'est pas très précis et voici pourquoi: ce serait très précis si c'était une concession provenant d'un seigneur laïc, on se dirait: ce seigneur laïc n'a pas voulu aliéner complètement et pour plus de trois générations son mansu indominicatum, son domaine libre, sa jouissance libre sur cette terre. Quand il s'agit d'une église, c'est un peu différent, parce que les biens d'église étaient inaliénables, en particulier on ne pouvait pas les aliéner pour plus de trois générations. Par conséquent, ce texte-ci n'est pas précis, mais il y en a un autre du même cartulaire de Notre-Dame-de-Paris (P. 330) qui date du XIIIème siècle, dans cet acte-là, Notre-Dame de-Paris fait une concession à deux époux, mais à deux époux seulement, sans possibilité de procès ou de revendication émanant des parents de l'un quelconque des deux donataires. Par conséquent, ceci voulait dire que cette concession était purement viagère et qu'aucune réclamation à l'occasion de cette concession ne pourrait être faite par les héritiers de l'un ou de l'autre de ces deux époux. Nous avons donc encore ici une concession purement viagère, et je crois qu'on peut dire presque partout, dans toute la France ces concessions en censives ont d'abord été des concessions purement viagère, mais elles sont devenues héréditaires pour des raisons faciles à comprendre

L'intérêt du concédant, qui voulait que sa terre soit défrichée et cultivée était de la donner aux enfants du censitaire. Seules les terres concédées à titre héréditaire étaient louées pour bâtir

Il y a d'abord les mêmes raisons que celles indiquées pour les fiefs: cette tendance du tenancier à tâcher de conserver sa tenure, cette tendance à chercher à ce que ses enfants profitent du bien qu'il a lui-même entre les mains, et je vous ai donné des exemples de cette tendance à l'hérédité. Mais ici il y avait quelque chose de plus, l'hérédité n'était pas seulement l'intérêt du concessionnaire, c'était aussi très souvent l'intérêt du concédant: si vous vouliez donner des terres à défricher, vous ne pouviez trouver quelqu'un qui consente à défricher que s'il est sûr que cette terre pourra passer à ses enfants, autrement, il n'a pas d'intérêt à faire ce travail. Et puis, surtout, il y avait en censives beaucoup de

terrains de villes, beaucoup de terres à bâtir, en particulier à Paris, mais pas seulement à Paris, en Beauvaisis c'était la même chose. Philippe de Beaumanoir le signale, et pour que quelqu'un consent à construire sur une censive, il faut qu'il soit sûr d'avoir un droit héréditaire, et quelqu'un ne donnera un cens un peu élevé à un seigneur que s'il peut bâtir sur ce terrain; de sorte que le seigneur pour pouvoir louer ses terres plus cher, avait intérêt à les concéder à titre héréditaire, surtout les terres à défricher ou les terres à bâtir. Ceci est facile à comprendre. Par conséquent, il y avait union d'intérêts entre les censitaires et les censiers pour que ces censives deviennent héréditaires.

Dès le XIII^e siècle, les censives sont héréditaires

Tout d'abord, il y eut ensaisinement de l'héritier par le seigneur.

Au XIII^e siècle, elles sont presque toujours héréditaires. D'abord on voit presque partout à l'origine ces tenures héréditaires de la façon suivante: presque partout nous avons eu des demandes de concessions par les héritiers, et on a vu presque partout les héritiers payer ou offrir de payer un droit de relief pour pouvoir se saisir de la terre de leurs descendants. C'était un phénomène tout à fait général, et on a vu presque partout, même à Paris où cependant la saisine devait disparaître, on a vu même à Paris au XIII^e siècle des ensaisinements qui étaient faits par le seigneur au profit des héritiers. Voici par exemple un acte de 1185 qui nous dit: "L'héritier ne sera pas investi de la terre avant qu'il n'ait juré devant les chanoines qu'il tiendrait sa possession de la même façon que ses descendants." Par conséquent, il doit jurer qu'il la tiendra à titre de tenure et non pas à titre de propriété, et il doit le jurer pour pouvoir être ensaisiné.

Nous avons, d'autre part, de l'extrême fin du XIII^e siècle, de 1299 un texte du parloir aux bourgeois (p. 145) qui nous dit qu'il y avait eu un ensaisinement par le seigneur au profit d'un collatéral. Il est vrai que c'était un collatéral.

Ensuite l'ensaisinement de l'héritier n'est plus requis, seul le droit de relief est exigé

Par conséquent il y a eu un ensaisinement par le seigneur. Mais ensuite, on a fini par ne plus exiger dans la plupart des coutumes l'ensaisinement, on a simplement payé un droit de relief, un droit de mutation qui avait un peu l'apparence d'un impôt, une espèce de droit de mutation au seigneur sans ensaisinement, au moins en ligne directe. Et puis ensuite, dans beaucoup de coutumes, on a pu hériter des censives sans payer aucune espèce de droit de relief d'aucune sorte, cela a fini par devenir une hérédité libre, au moins dans les coutumes de Paris.

Il y a eu d'autres coutumes, par contre, où on a dû payer un droit de relevaison, jusqu'à la fin de

Enfin certaines coutumes

n'exigeront pas de l'héritier un droit de relief

l'ancien régime, jusqu'à la Révolution française. C'était le cas dans les coutumes d'Orléans, en particulier. Par conséquent, très grande variété. En résumé, nous avons eu d'abord des censives qui n'étaient pas héréditaires, des censives ensuite dans lesquelles il a fallu se faire ensaisiner par le seigneur. Cet ensaisinement par le seigneur se marchandait. Ensuite il y a eu un droit de relief fixe, et puis ensuite, dans certaines coutumes ce droit de relief fixe a disparu, a cessé d'être payé, cependant que dans d'autres ce droit de relief a subsisté jusqu'à la fin de la Révolution, et a même continué à s'appeler dans la coutume d'Orléans le relevaison à merci.

Aliénation de la censive en totalité

Au XIIème siècle déjà, quand la censive n'est pas aliénable on est obligé de le spécifier

Voyons maintenant comment la censive a pu s'aliéner. Evidemment, l'aliénation devait suivre assez rapidement l'hérédité. Cependant l'aliénation ne s'est pas produite immédiatement, on n'a pas tout de suite admis qu'une censive, parce que héréditaire devait être librement aliénable. Il y a même dans les cartulaires parisiens un nombre assez considérable d'actes du XIIème siècle qui spécifient que le censitaire ne pourra pas aliéner sa censive. Ceci est intéressant parce que ceci nous montre qu'on était obligé de le dire pour qu'on ne puisse pas. Du moment qu'on est obligé de dire: vous n'aurez pas le droit d'aliéner la censive, c'est que dans la pratique il arrive qu'on aliène la censive.

Au surplus, il semble bien que très souvent cette clause d'interdiction était mise beaucoup moins pour empêcher pratiquement l'aliénation, que pour permettre de réclamer un prix plus élevé lorsqu'on l'autorisait; c'était un moyen de marchandise pour autoriser l'aliénation.

Enfin, même en plein XIIIème, un certain nombre d'actes de Paris, tout au moins, prévoient nettement la possibilité d'aliéner la censive. C'est donc à cette époque du XIIIème siècle que la chose s'est établie.

A partir du XIIIème siècle l'aliénation de la censive est permise; il faut un ensaisinement, et payer le droit de lods et de ventes

Finalement, à partir du XIIIème siècle, l'aliénation totale de la censive est absolument permise. Seulement, pour que cette aliénation puisse être réalisée, il faut un ensaisinement de l'acquéreur par un seigneur, donc il faut remettre la censive entre les mains du seigneur qui ensaisine l'acquéreur. Ensuite, il fallait payer deux droits: un droit d'ensaisinement qui était généralement de 12 deniers et un droit de loids et vente, qui représentait le 1/12 du prix et qu'on payait au seigneur. Ceci est tout à fait logique et légitime, il ne faut pas oublier que les terres augmentaient de valeur au cours des siècles, et que c'était, par conséquent pour le seigneur une façon de récupérer très légitimement une petite

partie de l'augmentation de la valeur d'une terre qui lui avait appartenu que d'exiger un tant pour cent du prix de la vente.

Possibilité pour le seigneur d'exercer le retrait censuel

De plus, dans la plupart des coutumes, mais non pas dans toutes, le seigneur pouvait, au moment d'une aliénation totale, exercer le retrait censuel, c'est-à-dire reprendre purement et simplement la censive, mais en payant au vendeur le prix que lui en offrait l'acquéreur. Mais dans certaines coutumes, ce retrait censuel n'existe pas.

Voici quelles étaient les formes de cette aliénation totale dans la coutume de Paris. On commençait par établir des lettres de vendu, c'est-à-dire un instrumentum du contrat consensuel passé entre l'acquéreur de la censive et le vendeur de la censive qui décidaient de faire l'opération. Il y avait l'accord de volonté où on fixait les prix. Ensuite, dans les huit jours de la passation de ce contrat consensuel les deux parties se rendaient devant le seigneur ou devant l'officier du seigneur, là le vendeur déclarait qu'il se désaisissait de sa censive entre les mains du seigneur, et ensuite il requérait du seigneur l'ensaisinement de l'acquéreur. Après cela, on devait remettre ou, à tout le moins, présenter au seigneur les lettres de vendu, de façon à ce que le seigneur puisse voir quel était le prix d'aliénation, et de façon à ce qu'il puisse savoir comment calculer le douzième auquel il avait droit au titre de lods et ventes. Après cela on devait payer les 12 derniers d'ensaisinement, et on devait payer le douzième du prix de la vente comme lods et ventes. Puis, le seigneur, ou son officier faisait l'investiture symbolique qui était accompagnée d'une déclaration qu'il faut noter: on faisait cet ensaisinement, sauf disait le seigneur, sauf mon droit et l'autrui en toute chose. En d'autres termes; j'ensaisine et je ne garantis nullement qu'en ensaisinant ainsi je fais quelque chose de valable et de régulier en droit; je n'entends pas garantir que le vendeur a le droit de vendre et que l'acquéreur a le droit d'acquérir, je n'entends pas garantir que l'opération est valable, régulière. Et dans les coutumes extra-parisiennes, cela voulait même dire: je n'entends pas garantir que je n'exerce-rais pas mon retrait censuel. Après cela, il suffisait de faire alors ce qu'on appelle les lettres de saisine, c'est-à-dire un espèce de procès-verbal de l'opération.

L'ensaisinement n'emporte pas purge des droits antérieurs.

Voilà en quoi consistait cet acte d'ensaisinement. Par conséquent, dans cet acte d'ensaisinement, il n'y avait absolument aucune espèce de purge, puisqu'il y avait cette formule "sauf mon droit et l'autrui".

C'est plutôt un simple accord de volontés qu'une investiture

trui en toute chose", par conséquent cet ensaisinement ne pouvait pas supprimer tous les droits de toute nature qui pouvaient exister sur cette censive. Pratiquement, en réalité, nous avions derrière toute une forme extérieure, tout un ensaisinement par le seigneur derrière un paiement de droit, un acte consensuel, un accord de volonté entre deux parties et l'acte valait ce que pouvait valoir cet accord de volonté. Lorsqu'une vente était réalisée sans qu'on ait demandé l'ensaisinement du seigneur, une amende de soixante sous était dûe.

Nous sommes donc arrivés à l'aliénation libre de la censive.

Signalons un dernier point. Nous n'avons pas parlé de l'aliénation à titre gratuit, parce que pratiquement cela a peu d'importance, et les formes sont simples. L'aliénation à titre gratuit se faisait de la même façon que l'aliénation à titre onéreux, c'étaient rigoureusement les mêmes formes, seulement dans l'aliénation à titre gratuit on devait payer les 12 deniers d'ensaisinement et on n'avait pas à payer le douzième du prix de la vente. C'était la seule différence.

Voilà comment se sont faites les aliénations totales des tenures roturières. Nous sommes donc arrivés à une patrimonialisation beaucoup plus complète ici que dans le fief.

Il reste maintenant à aborder une question plus délicate, la question des aliénations partielles.

Les aliénations partielles
Difficultés

On peut aliéner, nous l'avons vu, l'intégralité d'une censive, peut-on faire des aliénations partielles, ou, plus exactement, peut-on faire quelque chose de comparable à ces démembrements dont je vous avais parlé à propos des fiefs, des démembrements qu'ici on appellerait des sous-acensements ? A première vue, il semble que oui, il semble que quelqu'un puisse céder accès sa censive, puisqu'il n'a pas d'obligation personnelle vis-à-vis de son seigneur et puisqu'il continuera vis-à-vis de lui à payer le cens. Si vous admettez la patrimonialisation, il semble que vous deviez admettre la possibilité de faire une aliénation partielle surtout que dans cette aliénation cela peut être res inter alios acta, puisque vous continuez à payer le cens vis-à-vis du seigneur. Mais en réalité et en fait, jusqu'au milieu du XII^e siècle, ces sous-acensements de fiefs ont pu se faire librement, mais ensuite, on s'est rendu compte que ces opérations étaient très dangereuses et on a fini par les interdire, on a fini par ne plus autoriser des sous-acensements qu'avec l'assentiment du seigneur.

Liberté du sous-acensemement, jusqu'au milieu du XII^e siècle
Puis, interdiction

Il y avait, en effet deux façons de réaliser des espèces d'aliénations partielles, de démembrements, si vous voulez, de la censive. Le mot démembrement est un peu imprudent ici. Il y avait deux façons: le sous-acensement et le croft de cens.

Le sous-acensement: concession par le censitaire à un tiers, moyennant un cens. Dangers pour le seigneur: le censitaire ne percevait plus les fruits

Voici ce qu'était le sous-acensement: on faisait quelque chose de tout à fait comparable à la sous-inféodation, le censitaire, l'individu qui devait au seigneur un cens concédait lui-même à cens sa tenue à un autre individu. Il faisait un sous-acensement vis-à-vis de ce nouvel individu, vis-à-vis de ce nouveau tenancier, de ce nouvel acquéreur. Il aurait pu être, si on l'avait nettement admis, une espèce de seigneur censier, lui-même soumis à un autre seigneur censier. Seulement, cette opération là ne modifiait pas les rapports du seigneur censier vis-à-vis du censitaire. C'était en réalité tout de même très dangereux pour le censier. En effet, celui qui sous-aliénait, après qu'il avait fait ce sous-acensement, cessait de percevoir les fruits de la censive, il ne percevait plus que les droits de cens qui lui étaient dus par l'acquéreur, par conséquent ses ressources étaient diminuées, et par conséquent l'intérêt qu'il y avait pour lui à payer le cens était diminué. Mais quand il devait un cens de un et qu'il sous-acense pour 1,50, il se trouve gêné, il se trouve ne pas pouvoir payer, il n'a qu'à déguerpir, il ne perdra que 0,50, tandis que s'il n'avait pas sous-acensé et qu'il ait eu la totalité du revenu de cette censive, il aurait eu un intérêt plus grand et plus net à payer au seigneur censier et ne pas déguerpir. Vous voyez par ce système que le seigneur risquait de voir la censive non payée.

Le croft de cens
cens de la terre engagée pour dettes

Il y avait une autre combinaison, le croft de cens. Dans le premier système le censitaire cérait sa tenue contre un cens et cessait d'exploiter lui-même. Dans le croft de cens, il continuait à exploiter lui-même. Voici comment les choses se passaient: je suppose qu'un individu ait besoin d'argent pour une raison quelconque, il va dire à quelqu'un: "Prêtez-moi de l'argent, prêtez-moi un capital, et en échange de ce capital je m'engage à vous payer annuellement sur ma censive une certaine somme d'argent que l'on appelait le croft de cens. Par conséquent sa terre devra double : 1°) un cens au seigneur censier; 2°) le croft de cens au créancier. Si on multiplie cette opération, il pourra arriver un moment où la terre devra payer tellement que tous les produits de la terre, tous les profits possibles de la terre seront ainsi absorbés par les sommes qui sont dues par la terre, et alors

le censitaire n'aura plus qu'un chose à faire: déguerpir et dire au seigneur censier et à ses créanciers: - Débrouillez-vous avec la censive ! De sorte que le seigneur censier n'était plus payé.

Et puis, il y avait un autre inconvénient avec ce sous-acensement: une confusion pouvait se produire entre le seigneur censier et ce créancier qui avait droit au croft de cens. En effet, très souvent, les seigneurs censiers ont pu voir des censives revenir entre leurs mains, par suite d'une commise, par suite de circonstances diverses dont nous parlerons bientôt et alors à ce moment là, comme généralement les cens anciens étaient très peu élevés, soit parce que la terre avait été donnée comme précaire à titre de libéralité, soit simplement parce que la terre avait été concédée depuis longtemps et que l'argent avait perdu de sa valeur, le cens arrivait à être très faible. Alors, quand le seigneur censier retrouvait sa terre, avant de la redonner à cens à un autre, il exigeait lui-même un croft de cens, il exigeait l'ancien cens, le petit cens, plus un cens nouveau, un gros cens. Alors, nous avions donc quelquefois un cens seigneurial et un croft de cens également seigneurial, et nous avions d'autres fois un cens seigneurial et un croft de cens contractuel. Mais le seigneur, pour pouvoir se faire payer de son cens et de son croft de cens, quand c'était un cens et un croft de cens du seigneur, il pouvait faire des commises; il avait des procédés de saisine énergiques; au contraire, le créancier ne pouvait pas faire lui-même ces commises pour son croft de cens. Mais si une confusion se produisait dans les esprits, entre le croft de cens contractuel du créancier et le croft de cens du seigneur qui avait pu reprendre sa terre, on ne savait plus pratiquement très souvent lequel pouvait faire la commise, et il arrivait qu'en fait, par suite d'une confusion de fait, non pas une confusion de droit, que des créanciers ayant un simple droit au croft de cens faisaient eux-mêmes la commise au détriment du seigneur censier. Vous voyez donc le double inconvénient de ce système et vous comprenez que dans ces conditions là, on ait cherché à interdire les sous acensements et les crofts de cens.

L'aliénation partielle. - L'aliénation partielle à l'origine a été considérée comme très facilement réalisable puisque nous étions arrivés à une certaine patrimonialisation et puisque, d'autre part, une aliénation partielle, un sous-acensement ou un croft de cens n'avait pas pour résultat de modifier les liens personnels, les rapports existant entre le censitaire et le censier.

La règle cens sur cens ne vaut.

Donc, à l'origine aucune difficulté. Mais je vous ai indiqué qu'il y avait eu une pratique de sous-acensement et une pratique de croft de cens, qui d'abord permises, s'étakent révélées en réalité très dangereuses, parce que le seigneur censier risquait de ne plus être payé, parce que le censitaire pouvait engager sa tenure pour une valeur supérieure au revenu de cette tenure, si bien qu'il n'avait plus aucun intérêt à la garder et qu'il devenait plus expédient pour lui de déguerpir et de laisser le seigneur en face d'une exploitation sans exploitant.

Alors pour corriger ceci, on a posé la règle qu'il était impossible de faire un sous acensement ou un croft de cens sans l'autorisation du seigneur censier, et on a posé ce principe sous une forme qui est devenue très célèbre: "cens sur cens ne vaut". Par conséquent quelque chose est resté possible évidemment, c'était l'accroissement de cens par le seigneur lui-même.

Ce serait sortir du plan que nous nous sommes tracé, que d'insister actuellement sur ce point qu'il importe cependant de signaler de façon à éviter une confusion dans les esprits. Le seigneur pouvait voir une censive revenir entre ses mains, par suite de deshérence, par exemple, ou bien par suite du jeu d'une commise, ou bien d'un déguerpissement qui faisait que la tenure revenait entre ses mains. A ce moment, le seigneur pouvait faire un croft de cens, c'est-à-dire qu'il pouvait décider qu'il allait remettre sa terre qui lui revenait, qui revenait libre entre ses mains, il pouvait décider qu'il allait à nouveau la rendre à quelqu'un, contre paiement du cens récognitif traditionnel et contre paiement en plus d'un croft de cens. Alors, dans cette hypothèse, le cens et le croft de cens (ou surcens, ou gros cens, tous ces termes ont été employés comme synonymes), dans ce cas là, le cens et le surcens avaient la même physionomie seigneuriale, il n'y avait pas de différence juridique entre les deux, les mêmes procédés pouvaient être employés pour exiger le cens et le surcens, les mêmes moyens de saisir appartenaient au seigneur, c'était en réalité une seule et même chose. De sorte que ce terme croft de cens, vous le voyez, peut être amphibologique.

Ce qui était défendu, ce n'était pas du tout cette opération là, c'était le fait de la part d'un censitaire de sous-acenser, c'était le fait de la part du censitaire de vendre à quelqu'un le droit d'exiger de lui un croft de cens, une somme d'argent tous les ans en échange d'un capital qui lui avait été remis. C'était le croft de cens réalisé par le censitaire qui

L'exception à
la règle: seul
le seigneur cen-
sier peut ac-
croître le cens
si la tenure

revient dans
sa main

Le croft de
cens, opération
économique de
prêt à intérêt
est rigoureuse-
ment interdite.

étaient défendu, ce n'était pas le croft de cens réalisé par le seigneur. Cens sur cens ne vaut quand c'est le censitaire qui fait le cens, mais cens sur cens vaut si c'est le censier qui fait ce sens.

Et ce qui a été, d'autre part, défendu, ce fut de faire des crofts de cens, c'est-à-dire d'emprunter de l'argent à un créancier en lui promettant en échange de payer sur la censive qu'on conservait, qu'on continuait à exploiter, qui restait entre vos mains, de lui payer, dis-je, une certaine somme d'argent tous les ans qu'on appelait croft de cens.

Possibilité d'autorisation donnée par le seigneur: le bail à cens et la rente constituée

Voilà les deux opérations qui ont été défendues, ces deux opérations n'ont pu se faire qu'avec l'autorisation du seigneur, et lorsque le seigneur autorisait, on a tendu petit à petit, progressivement, à ne plus se servir des termes sous-accensement ou croft de cens pour désigner des situations juridiques réalisées par un contrat entre deux personnes de même rang. Habituellement: le sous-accensement s'est appelé bail à rente, et ce bail à rente devait être autorisé par le seigneur, et dans certaines coutumes il fallait un ensaisinement de la part du seigneur censier, dans d'autres coutumes il n'en fallait pas. D'autre part, le croft de cens a fini par s'appeler rente constituée et dans cette rente constituée il fallait alors une intervention du seigneur censier qui ensaisinait.

Pour préciser, il ne sera pas sans intérêt de rappeler le paragraphe 704 de Beaumanoir.

Le texte essentiel de Beaumanoir, § 704 (ou I. p. 350 ed. Beugnot): "Une autre manière de rente y a c'on appelle sorcens "ou cens cōtier, et de tels cens il y a beaucoup dans "nos bonnes villes. Par exemple, si on a vendu à pren-dre sur une maison des deniers de rente, ou si on a vendu sur son héritage, et si celui qui a fait cela "ne demeure pas pour que le croft de cens soit payé "à autrui et s'il ne reste pas pour que le croft de "cens soit payé au censier; ou si encore, quelqu'un "baille en surcens à quelqu'un ce qu'il tenait en "droit cens d'un autre seigneur en toute manière de "surcens, il n'y a point de réparation contre celui "qui ne le paye au jour dû..

"Ainsi convient que celui qui a le surcens se "plaint au seigneur du tréfonds quand on ne le paye "au jour dû. Et alors si le surcens est dû sur une "maison, le seigneur doit faire ôter les portes jus- "qu'à ce que le surcens soit payé. Et si le surcens "est sur l'héritage, alors l'héritage doit être saisi "et les dépouilles levées tant que le surcens soit "payé. (Le seigneur censitaire prend donc les récol- "tes et les conserve, mais n'en dispose pas, les met "sous séquestre). Mais il est vrai que pour tous les

"surcens, le seigneur du tréfonds qui a le droit de "cens ne lèvera pas pour ce qu'il devra d'abord se "faire payer de son droit de cens et des amendes s'il "y en a".

On comprend l'avantage de ce système. Pour se faire payer, celui qui a le droit de cens ou celui qui a le surcens est obligé de s'adresser au seigneur censier le seigneur censier fait des saisines qui ont pour résultat, non pas de le mettre en jouissance de la censive, mais de retirer la jouissance au censitaire. Par exemple, on prend les récoltes ou bien on ouvre les portes et les fenêtres, et de cette façon la maison devient inhabitable.

Grâce à ce procédé, le seigneur fait payer d'abord son cens, s'il est dû et si le cens n'est pas dû, ou une fois que le cens a été payé, il fait ensuite payer le surcens, s'il en reste. De la sorte, son risque est diminué. Mais, même avec ce procédé un risque pourrait tout de même subsister, le risque de déguerpissement ne disparaît pas. Et voici la suite du texte :

"Et la coutume est que maintenant l'on ne peut "vendre ni donner de nouveaux surcens sur un héritage, "à moins que cela ne soit prévu depuis longtemps, sans "le seigneur du lieu, parce que d'aucuns chargeaient "si fort leurs maisons ou leurs héritages de toutes "sortes de cens quand ils avaient besoin de deniers, "qu'ils laissaient après les maisons parce qu'elles "étaient trop chargées. Ou bien, quand elles tombaient "ces maisons, il y avait trop de cens pour qu'on puisse "les rebâtir". (Et je dois du reste dire ici qu'au moment de la guerre de Cent ans, quand les rois anglais sont devenus les maîtres de Paris, ils ont été obligés de faire disparaître ainsi les surcens sur les maisons parisiennes, de façon à ce qu'on puisse les reconstruire, parce que personne ne les reconstruisait plus, étant donné les charges qui pesaient sur elles). "Et les autres héritages en demeuraient en friche parce "qu'ils ne trouvaient aucun héritier qui voulût bien "prendre la charge de tous ces surcens. Et pour ce "fait sont maintes maisons tombées en ruines et maints "héritages délaissés. Et pour cette raison la défense "est bonne".

Voilà le texte. Donc, ce texte nous dit qu'il y a le cens ordinaire, puis qu'il y a une autre manière de cens appelé surcens ou cens côtier qui existe quand il y a croft de cens dans le premier sens du mot croft de cens. Quand quelqu'un a besoin d'argent, il dit à un autre : "Payez-moi aujourd'hui cent mille francs (pour moderniser) et en échange de cela je vous donnerai sur le revenu de ma terre un surcens de dix mille

Le sens côtier

francs par an. Alors ce surcens là on l'appelait le cens côtier, parce que nous aurons deux cens côté à côté sur la terre: le cens seigneurial du seigneur censitaire et le cens contractuel, le cens côtier qui sera dû à ce capitaliste qui aura fait un prêt.

L'augmentation de valeur de la propriété permet les sur-ac-
censements

Et de tels cens, il y en a beaucoup, il y en a surtout sur la propriété bâtie. Et ceci n'est pas étonnant, parce que en Beauvaisis et plus encore à Paris, la propriété bâtie augmentait de valeur, et par conséquent, plus encore que sur les autres terres, nous avons eu un accroissement qui a rendu possible ces sur-ac-
censements ou ces croûts de cens.

Mais cette propriété bâtie qui augmentait de valeur était en même temps peut-être celle qui était la plus sensible à diminution de valeur aux moments de crises, par exemple, la guerre de Cent Ans, et aussi celle qui pouvait brusquement à un moment de transformation économique devenir trop chère. Représentez-vous par exemple "les maisons de Paris d'aujourd'hui. Regardez en ce moment la baisse dans la valeur des maisons par suite de crises économiques générales, et par conséquent possibilité d'avoir obtenu de l'argent sur des maisons qui ensuite ne peuvent plus payer. Donc, déguerpissement.

"Si on a vendu à prendre sur une maison des deniers de rente ou si on a vendu sur son héritage...." c'est l'hypothèse du croft de cens. "Et si celui qui a fait cela ne demeure pas pour que le croft de cens soit payé à autrui....." Vous voyez l'hypothèse ? C'est l'hypothèse du croft de cens.

D'autre part, il arrive aussi que certains baillaient sur cens à quelqu'un ce qu'ils tenaient en droit cens de leurs seigneurs. Ici c'est le sous-ac-
censement

Le seigneur a la saisine et se paie avant tout autre

Nous avons les deux hypothèses, mais qui chevauchent perpétuellement. Et dans ces deux hypothèses, il arrive qu'il y a trop de dettes pour qu'on puisse payer ce qui est dû. Dans ce cas, celui auquel on doit quelque chose, soit à titre de surcens, soit à titre de croft de cens, devra alors s'adresser au seigneur censier et celui-ci fera une saisine. Grâce à cette saisine, il paiera d'abord son cens seigneurial à lui et ensuite il paiera le reste avec ce qui restera.

Le risque de déguerpissement

Mais il ajoute que malgré cette précaution de faire payer d'abord le seigneur censier, par le procédé de la saisine, néanmoins, il reste encore un risque le risque déguerpissement, et pour pallier à ce risque de déguerpissement on a décidé en outre qu'il serait impossible de faire des surcens ou des croûts de cens sans l'autorisation du seigneur. Et cette décision est bonne nous dit Beaumanoir.

Ce texte bien compris vaut mieux que toutes les

autres explications.

Les droits du censitaire et les droits des seigneurs censiers sur la terre.

C'est très simple, c'est la conclusion tout à fait logique de ce qui précède, il est donc absolument inutile que j'y insiste.

Le censitaire a la jouissance

Quels sont les droits du censitaire ? Le censitaire a la jouissance, il a l'usus de sa censive. Il a le droit de percevoir tous les revenus possibles et imaginables de sa censive, bien entendu à la condition de payer le cens seigneurial et de payer toutes les redevances contractuelles qu'il a pu ajouter sur la censive, mais qui ne sont pas de l'essence de la censive.

Son droit est héréditaire; sauf paiement du relief

D'autre part, il a également l'héritage, le droit de transmettre sa censive, puisqu'elle est devenue héréditaire, sauf le paiement du droit de relief, et encore ce droit de relief n'est pas exigé dans toutes les coutumes, par conséquent, très libre disposition héréditaire.

Liberté d'aliénation totale, sauf paiement des lods et ventes.

Il peut aussi faire une aliénation totale de sa censive, sauf l'obligation de payer un droit de lods et ventes, généralement d'un douzième du prix de la vente, sauf l'obligation aussi de payer un droit d'ensaisinement généralement de 12 deniers.

Le seigneur possède cependant un retrait censuel, mais pas dans toutes les coutumes, pas à Paris par exemple.

D'autre part, il a évidemment le droit de disposer à titre gratuit de la totalité de sa censive, sauf à payer un droit d'ensaisinement de 12 deniers.

Enfin, il peut réaliser aussi des aliénations partielles de sa censive, mais nous avons vu qu'il ne peut pas faire ces aliénations partielles librement, qu'il est obligé d'obtenir une autorisation seigneuriale, et qu'il est obligé d'autre part de payer quelquefois un droit d'ensaisinement.

Donc, le censitaire a sur sa censive un droit extrêmement étendu. La censive est comme la propriété du censitaire sauf l'existence de certaines charges foncières, de certaines servitudes sur la terre.

Dès le XIII^e siècle, on appelle le censitaire le propriétaire, dans certains textes tout au moins, tandis que le vassal pour son fief ne sera appelé propriétaire qu'avec Pothier (cependant quelquefois déjà avant), mais beaucoup plus tôt dans tous les cas pour la censive.

D'autre part, il est évident que le seigneur censier a lui-même sur la censive des droits, qu'il a un certain dominium à l'occasion de cette censive. Il a certains droits réels, il a le droit au cens, et même

Le censitaire est très tôt considéré comme un propriétaire

Le sens, le surcens

quelquefois un surcens seigneurial. D'autre part, ce cens est généralement portable, et en cas de non paiement du cens il a droit à une amende.

Le droit de relief, de lods et ventes

Ensuite, il a évidemment le droit de relief dans les coutumes qui le lui accordent, qui sont devenues de plus en plus rares. Il a partout le droit de lods et ventes et généralement aussi le droit d'ensaisinement. Il a droit à une amende de soixante sous toutes les fois qu'une aliénation est faite sans qu'on la lui révèle, pour recel de cens ou recel de vente. Enfin, il a le retrait censuel en matière de vente; mais pas dans toutes les coutumes.

La saisine constitue le seigneur gardien, il ne jouit pas des fruits (il n'a pas la commise)

D'autre part, il a aussi un certain droit de saisine de la censive. S'il y a un retard à payer le cens ou s'il y a un retard à payer le droit de lods et ventes, il peut faire une saisine, et il saisit par lui-même sans intervention de justice. C'est ce qu'on appelle du reste sa justice foncière. Seulement lorsqu'il saisit, il ne prend pas pour lui fruits ou le profit. Cette saisine n'a pas pour résultat de le mettre en possession, elle a simplement pour résultat de le mettre gardien, de retirer la jouissance au censitaire. C'est ainsi que, par exemple, dans le texte de Beaumanoir que je citais tout à l'heure et qui est vrai pour la plupart des coutumes et qui dans beaucoup de coutumes est resté vrai jusqu'en 1789 et même au delà, il a simplement sur les maisons le droit d'enlever les portes et les fenêtres pour les rendre inhabitables.

D'autre part, sur la terre, il a la saisine, il a le droit de prendre les récoltes au fur et à mesure de leur maturité, de les mettre de côté, mais il ne peut pas en disposer, c'est une saisine, ce n'est pas une commise.

Seulement, au bout de trois ans, lorsqu'il n'est pas payé, il peut vendre la censive à son profit. C'est la commise, mais au bout de trois ans.

Enfin, il a un dernier droit, ce que l'on appelle la justice foncière. La justice foncière, c'est d'abord ce droit de saisine qui peut devenir une véritable commise. C'est ensuite le droit de percevoir des droits d'aliénation de lods et ventes, et c'est un certain droit de percevoir des banalités.

Voilà quels sont les droits du seigneur censier.

Le droit indirect du seigneur supérieur sur les censives de ses vassaux. La hiérarchie des terres

Bien entendu, le seigneur censier n'est pas seul à avoir des droits sur la censive. Au-dessus du seigneur censier, il y a le seigneur de ce seigneur censier qui est presque toujours un fief (quelqu'un qui a un fief). Vous comprenez que le seigneur censier a un droit qui constitue une partie de l'actif du fief. Qu'est-ce qui constitue un fief d'un rang un peu élevé?

complique et assouplit la notion de propriété.

Il peut y avoir un grand nombre de droits de propriété pesant sur un même sol

Il est constitué par les fiefs sous-inféodés et par les censives qui ont pu être concédées. Mais le fief sous-inféodé lui-même peut être constitué, est même presque toujours à la base constitué par des censives. Par conséquent nous avons toute une hiérarchie de personnes ayant des droits sur la terre. Nous avons d'abord la propriété chargée de servitudes qui appartient au censitaire; nous avons ensuite sur cette terre un deuxième individu qui a lui-même un droit de propriété, c'est le seigneur censier, et sa propriété a comme actif, comme contenu ces servitudes qui pèsent sur la censive. D'autre part, le droit aux servitudes qui pèsent sur la censive constitue une partie de l'actif du fief, et l'individu qui a le fief a lui-même vis-à-vis de son seigneur supérieur, des obligations à l'occasion de son fief, et puisqu'une partie de son fief est constituée précisément par l'ensemble des servitudes pesant sur la censive, ces servitudes sur la censive constituent une partie du fief de cet individu. Mais le seigneur supérieur lui-même a un fief qui est fait des fiefs de ses vassaux, et par conséquent, il a lui-même un droit indirect sur les droits de ses vassaux aux servitudes pesant sur la censive. Nous avons donc toute une série de personnes qui ont des droits sur une terre. Sur la propriété du censitaire il y a des redevances qui constituent la propriété du seigneur censier. Mais cette propriété du seigneur censier elle-même est tenue de certaines obligations, de certaines servitudes vis-à-vis du seigneur du fief de ce censier. Ce seigneur de fief lui-même a des obligations vis-à-vis de quelqu'un qui lui est supérieur, qui est son seigneur à lui, et dans cette obligation rentrent pour une part tous ces droits qui finalement aboutissent à la servitude. Si bien qu'on peut dire que jusqu'au grand baron, nous avons toute une série de personnes qui ont des droits de propriété indirects qui vont finalement jusqu'à la censive. Si bien qu'on peut dire que le baron lui-même est en partie propriétaire de cette censive.

C'est une question délicate, et il faut faire évidemment un effort d'imagination pour songer que nous pouvions avoir un très grand nombre de personnes, peut-être quinze, vingt, successivement, qui ont un droit de propriété pesant sur le même sol.

L'œuvre des glossateurs

Plasticité de la constitution

Nous avons vu comment en fait, sous la pression des circonstances, des contingences historiques ou

féodale

économiques, la propriété foncière avait fini par s'organiser en France. Cette organisation est un fruit spontané, non systématisé. C'est quelque chose qui est assez conforme à ce génie germanique dont je vous ai parlé, lorsque je vous ai dit que les Germains avaient surtout apporté une plasticité qui leur permettait d'accepter les faits et que, par cette acceptation du fait, le fait s'était transformé en droit.

La renaissance
du droit romain
et la systéma-
tisation

Cet état d'esprit germanique, cet état d'esprit de plasticité, fait de manque de culture, devait disparaître aux XIème, XIIème et surtout XIIIème siècles, avec une renaissance tout à la fois du droit romain et de la philosophie scolaistique. L'esprit devait un jour chercher à faire des constructions juridiques, à donner une systématisation à cet état de fait. La philosophie scolaistique avait donné le goût de la systématisation. D'autre part une admiration en peu enfantine pour l'antiquité romaine et pour le droit romain, avait eu pour résultat de faire qu'on estimait que tout devait se trouver dans le droit romain, que la législation actuelle était en réalité prévue par le droit romain et qu'il s'agissait tout simplement de l'y bien chercher. On va donc chercher dans le droit romain l'explication du droit né des faits, d'un droit de génie germanique, et on va donc essayer de donner un habit romain à quelque chose qui n'est point du tout romain. Ce sera dans une matière assez délicate à expliquer, car nous allons avoir en réalité un effort pour fausser les textes romains de façon à leur faire dire des choses qui n'ont absolument rien de romain.

L'habit romain
à un état créé
par les faits.
Divergence en-
tre les textes
et la réalité
On fausse les
textes.

Cette pénétration du vocabulaire romain, plutôt que cette pénétration romaine, enfin cet essai de formation ou de construction avec le droit romain de quelque chose qui n'est pas romain s'est réalisé évidemment d'une façon progressive.

La renaissance
du droit romain

On sait que le droit romain avait à peu près disparu avec les VIIème, VIIIème, IXème siècles. Du breviaire d'Alaric il ne restait plus que des résumés de résumés. Au XIème siècle, il y a eu un commencement de renaissance du droit romain, on a découvert, dans des conditions du reste devenues légendaires toute une série de textes des Novelles et du Digeste. Et alors, pénétration du droit romain en France, tout de suite spontanément, avec des ouvrages comme par exemple les Exceptiones Petri ou le trachylogus, ouvrages français dauphinois ou orléanais qui datent du XIème Ives de Chartres de son côté à également fait pénétrer le droit romain. Il y a eu en même temps à Bologne une école de droit romain, école de glossateurs. Les auteurs français étaient plus originaux, ils

faisaient les constructions avec du droit romain, les autres ont commenté le droit romain, ils prenaient les textes romains et les traduisaient, ils essayaient de voir quelle était l'espèce visée dans le texte romain, ils tâchaient ensuite de voir quel était le sens exact et la portée du texte romain et ils en tireraient ensuite une règle et l'application de cette règle. Vous voyez ici avec quelle facilité on peut passer d'une règle romaine à une application non romaine. Cela fut le travail des glossateurs.

Vous savez quels sont les plus grands glossateurs Irnérius et le plus grand Accurse qui a fait la grande glose ou la glose ordinaire, c'est-à-dire qui a fait, si vous voulez, une espèce de somme de toutes les gloses antérieures, de toutes les interprétations jusque là données du droit romain.

Un peu avant le XIII^e, pénétration dans le droit français. Le droit romain était tellement apprécié que les moines quittaient leurs couvents pour venir étudier le droit romain dans les universités. Rappelez-vous la bulle Super Specula d'Honorius III

Les glossateurs français avaient comme un esprit plus large, et du reste peut-être faussant davantage la réalité. Ils étaient très imbûs de philosophie scolaistique, peut-être plus que leurs voisins, et ces ultramontains, comme les appelaient les Italiens, ont alors essayé de construire des grandes doctrines générales qu'ils appuyaient sur le droit romain. Les Italiens tirent du droit romain des applications modernes, les Français contemplent leur temps et lui découvrent des précédents romains.

Voilà quelle était à peu près l'ambiance dans laquelle devait alors se développer cet effort progressif pour essayer de systématiser avec un vocabulaire romain le système de la propriété foncière.

On a fait trois choses successivement, je les résume pour les développer ensuite: on a d'abord découvert des textes dans lesquels il était question d'une action réelle, utile au profit de l'emphytéose, et tout naturellement on y a vu une action réelle du vassal ou du censitaire. Ensuite, puisque tous les censitaires, vassaux, emphytées, vectigales avaient une action réelle on a conclu qu'ils avaient un droit réel. Ce droit réel n'est pas un jus in re aliena, c'est in jus in rem, c'est un démembrément de la propriété, c'est un droit de propriété. (Remarquez que ceci était tout à fait germanique, pas du tout romain, c'est la vestitura). Ils vont donc avoir des dominia et on va construire la théorie du domaine direct au profit du seigneur et un domaine utile appuyé sur les actions utiles, ou les actions fictives du droit pré-

torien, au profit du vassal et du censitaire. Seulement ceci ne leur suffira pas, parce qu'avec ce système on a un domaine direct et un domaine utile. Dans la réalité, nous avions toute une cascade de droits. Il fallait donc une multiplicité de domaines directs utiles et ce travail pour constituer toute une série de domaines directs utiles a été l'œuvre des Français.

Voilà comment on est arrivé à systématiser ce droit féodal: 1) une action réelle; 2) un jus in rem qui devient un dominium; 3) une multiplication de ces droits de façon à avoir autant de dominia qu'il y avait de différents individus ayant des droits sur la terre.

Voilà dans les grandes lignes comment les choses se sont passées.

1° - On a accordé une action réelle aux censitaires ou aux vassaux.

Ceci s'est fait d'une façon assez simple. Vous comprenez bien que lorsqu'on s'est mis à étudier le droit romain, qu'on a voulu avec le droit romain comprendre les institutions contemporaines, lorsqu'il a été question dans les textes romains du jus perpetuum, de l'emphytéose ou du vectigal, immédiatement on a fait un rapprochement entre ces institutions romaines et le fief ou la censive. Le travail ne pouvait pas ne pas se produire. Il est évident que cette idée devait venir immédiatement à l'esprit, et alors on a été arrêté en particulier par un texte du Digeste que vous connaissez déjà et que je vous ai cité en vous parlant de l'ager vectigalis et de l'emphytéose. C'est le texte du Digeste (6, 3, I, I) Ce titre est intitulé: "Si ager vectigalis id est emphyteutisarius petitur", "Si l'ager vectigalis, c'est-à-dire l'emphytéose est l'objet d'une rei vendicatio. Vous vous rappelez du reste - ceci ne nous importe plus maintenant - que les mots "id est emphyteticum" étaient une interpolation, mais pour les auteurs du temps il n'existe pas d'interpolation: "Ceux qui ont loué en jus perpetuum un "fonds pour en jouir, qui l'ont loué aux municipes, "bien qu'ils ne deviennent pas domini, bien qu'ils ne "deviennent pas propriétaires, cependant il convient "de leur accorder une action in rem contre n'importe "quel possesseur et même contre les municipes".

On comprend qu'à l'occasion de ce texte les glossateurs, les commentateurs formés au droit romain ont immédiatement vu un rapprochement entre l'ager vectigalis et le fief ou la censive. Et par conséquent, nous avons des textes, par exemple ceux du lo Codi qui vont immédiatement nous dire que ceci s'applique à toutes les hypothèses analogues, c'est-à-dire ager

On est frappé de la ressemblance entre la censive et les droits sur l'ager vectigalis ou l'emphytéose

vectigalis, conductor, vassal, censitaire. Et vous savez ce que c'est que Lo Codi ? C'est un texte d'origine provençale qui a dû être composé entre 1144 et 1150 à Arles ou à Saint-Gilles. Voici le passage du texte (3,25) : "Par cette disposition peut revendiquer la chose, celui qui est dominus de cette chose, à quelque titre que ce soit. Et par conséquent, celui qui a cette chose en censive, quoiqu'il n'ait pas le dominium, cependant il peut revendiquer cette chose contre tous ceux qui la tiennent".

Vous voyez que ce texte est très précis, il ne fait aucune espèce de difficulté et il considère qu'il faut assimiler le vassal ou le censitaire à l'emphytéote, et par conséquent lui accorder une action réelle.

Il y a d'autre part deux textes des libri feudorum à peu près contemporains du précédent et qui s'expriment d'une façon légèrement différent. Ils appartiennent à la partie des libri feudorum de Robertus ab Oro composée en 1154-58 dans l'Italie du Nord. Voici le texte : "Le vassal régulièrement investi d'une chose par bénéfice a le pouvoir de la revendiquer ut tanquam dominus....." (Tanquam dominus, je ne peux pas le traduire, parce que si le traduisais je pourrais donner à ce terme un peu amphibologique un sens ou un autre. Faut-il que je traduise tanquam dominus par : en tant que dominus, ou par comme s'il était dominus ? Il y a là quelque chose qui, dans une traduction forcerait dans un sens ou dans l'autre un texte qui a eu cette particularité de ne pas être précis sur ce point). "Il peut tanquam dominus le réclamer à n'importe quel possesseur".

Nous avons d'autre part un autre texte des libri feudorum (2,43) qui nous dit : "Le vassal peut agir et transiger dans un procès entre ce vassal et une autre personne, à l'occasion de son bénéfice. Il peut agir, plaider pour le fief entier ou pour une partie du fief, même le maître absent et comme s'il s'agissait de sa propre chose".

Vous voyez donc que la pensée de Robertus ab Orto est la suivante : Est-ce que lorsque le maître n'est pas là le vassal pourra plaider lui-même ? Par conséquent, je ne dépasse pas beaucoup la pensée, je crois, de Robertus ab Oro en disant que sinon pour lui tout au moins pour certains hommes de son temps, la question se posait de savoir si le vassal pouvait agir lui-même ou s'il devait agir pour le compte du seigneur. Avait-il l'action réelle de l'emphytéote ou était-ce simplement une espèce de locataire qui aurait agir comme un mandataire du seigneur pour réclamer la chose ? Vous voyez, cela nous met dans deux constructions juridiques romaines extrêmement différentes

Le vassal comme le censitaire ont l'action utile

Le vassal peut agir pour son propre compte, et non pas seulement comme mandataire du seigneur; l'opinion contrarie n'a pu triompher.

Il semblerait donc ici qu'on ait hésité à faire l'extension à notre hypothèse du texte de tout à l'heure relatif à l'emphytéote. Ce serait à l'occasion d'une autre idée, ce serait comme mandataire peut-être du seigneur que le vassal pourrait agir. Il semble qu'il y ait dans le texte une allusion à une opinion de cette nature et que cette opinion ne soit pas celle de Robertus ab Orto, puisque lui dit que le vassal pourra agir même le maître absent.

Il continue ensuite: "S'il existe un procès entre un vassal et un autre individu à propos d'un bénéfice, contre l'adversaire lui réclamant la propriété de la totalité ou d'une partie du fief, ou quelque autre droit relatif au fief, le procès pourra être conduit jusqu'au bout par le vassal, même le maître absent et comme s'il s'agissait d'une chose qui lui est propre et comme si c'était le propriétaire". Même difficulté que tout à l'heure.

Et puis voici la fin du texte, précis quand à la pensée de Robertus ab Orto: "Celui-ci, en effet, le vassal seul a le pouvoir utile de agerer et d'excipere" (*ipse enim solus utiliter agendi et excipiendi haber potestatem*).

Vous voyez que pour Robertus ab Orto, contrairement à une opinion qui devait exister de son temps, c'est le vassal qui a un droit propre de plaider, qui est le titulaire de cette action réelle dont nous parlions tout à l'heure. Il semble donc que Robertus ab Orto doît du même avis que l'auteur du Codi dont je parlais tout à l'heure, mais il semble que cette opinion ait rencontré une certaine résistance et que d'aucuns, tout en admettant l'existence d'une action au profit du vassal, ont essayé de considérer cet acte du vassal comme étant non pas une action qui lui est propre en vertu du texte sur l'emphytéose dont je vous parlais tout à l'heure, mais comme une action qu'il exercerait en tant que mandataire du seigneur.

Voilà le point de difficulté. Et il semble d'autant plus que l'opinion que nous indiquons est vraie que certains glossateurs comme Rogerius Azo dans leurs commentaires sur le texte du Digeste (6, 3, I, I) nous disent qu'en vertu de ce texte effectivement, il existe une action *in rem*, ils vont même jusqu'à dire qu'il existe un *jus in rem* au profit de l'emphytéose, mais ils ne parlent pas du vassal. Il semble donc bien que ces auteurs excluent le vassal.

Quoi qu'il en soit, l'opinion du Codi et l'opinion des *libri feudorum* ont fini par prédominer. On peut en donner plusieurs preuves. La première c'est la glose même du texte des *libri feudorum* dont la glose en effet, à propos du mot *domino absente* s'exprime

ainsi: "De même, je pense qu'il pourrait agir si le "dominus était présent. Et c'est pour cela que l'on "dit domino absente. En effet, aussitôt que le vassal "est investi de quelque res, il a ce pouvoir, il peut "tanquam dominus (mais ici le tanquam dominus n'est plus amphibologique) "Il peut tanquam dominus, il "peut en tant que seigneur, contre n'importe quel pos- "sesseur vindicare ou défendre".

Par conséquent, l'opinion ici n'est plus contestée, chez le glossateur cette opinion a triomphé.

Au surplus, cette opinion se retrouve dans la grande glose d'Accurse - je ne vous cite pas le texte, c'est inutile parce que cela m'entraînerait trop loin et parce que surtout il n'y a plus aucune possibilité de doute, cette action est accordée, c'est absolument incontestable.

Par conséquent, voici un point qui a été acquis, c'est qu'il existe un action in rem au profit du vassal ou du censitaire.

II - Mais alors, une fois qu'on a admis l'existence de cette action, vous comprenez bien qu'une question va se poser: pourquoi existe-t-il ainsi une action ? On va dire immédiatement: le vassal ou le censitaire est titulaire d'une action parce qu'il a un jus in rem. Sur ce point, tous les textes sont d'accord. Ceux dont je vous parlais tout à l'heure, je vous les citais comme ne mentionnant pas le vassal à côté du censitaire, eh bien ces textes dans le commentaire du fameux passage du Digeste (6,3,I,I) disent très nettement: jus in rem au profit de l'emphytéote ou du censitaire.

Le Codi à un autre endroit (4,70) est non moins précis pour accorder ce jus in rem, mais lui l'accorde non seulement à l'emphytéote, mais encore au vassal ou au censitaire.

Donc on accorde le jus in rem. C'est très bien. Mais qu'est-ce que va être ce jus ? Sera-ce un jus in re aliena ou un droit réel propre ? Et un droit réel qui avec les conceptions germaniques dans lesquelles il y a autant de propriété que d'usus, nous mènera immédiatement à l'idée d'un dominium. Vous comprenez bien la chose ? Du moment que nous avons une action in re, une action réelle, nous avons un droit réel. Telle est la conception des hommes de l'époque. Mais ce droit réel, est-ce un jus in re aliena ? Si c'est un jus in re aliena, cela ne nous mène pas très loin, mais si c'est un droit réel propre, étant donné les conceptions de ces hommes sur la vestitura, ils vont chercher immédiatement à en faire un dominium. Voilà comment les choses se posent.

Naturellement, ils vont commencer par regarder dans le droit romain, et s'ils regardent dans le droit

Emphytéote, vassal, censitaire ont un jus in rem dans l'opinion qui a triomphé

Le jus in rem est-il un jus in rem aliena ou un droit réel propre ?

Solutions opposées dans le

droit romain

romain, ils vont avoir cet embarras que je vous ai déjà signalé au commencement de l'année: je vous ai dit que ces auteurs romains, ces jurisconsultes romains eux-mêmes n'avaient pas su dans quelle catégorie faire rentrer le vectigal ou l'emphytéose. Nous avons parmi ces textes romains du Digeste ou du Code, des fragments comme celui que je vous citais tout à l'heure (D.6.3, I.I) dans lesquels on dit: *jus in re aliena*. Puisqu'on nous dit dans ce texte très nettement: *quam vis non efficiantur domini*, il n'y a pas de dominium, donc *jus in re aliena*:

Nous avons d'autre part un texte du code (II,61, 12) qui nous dit tout le contraire: "Le droit est cédé de faire des affranchissements des esclaves sur les fonds patrimoniaux et emphytéotiques lorsqu'on est dominus de ces fonds". La question du "lorsqu'on est dominus" vient de ce que dans le texte précédent il est question de sous-concessions faites par un emphytéote, et alors du moment qu'il y avait sous-concession, une question pouvait se poser de savoir à qui appartenait le droit d'emphytéote: à celui qui faisait la sous-concession ou au premier concessionnaire ? Voilà pourquoi ce "lorsqu'on", qui signifie que le premier emphytéote, tout au moins, est dominus. Par conséquent il est dominus fundi et s'il a le droit de faire des affranchissements, c'est parce qu'il est dominus fundi. S'il a une action réelle, c'est parce qu'il est dominus fundi

Hésitation des glossateurs en face des contradictions du droit romain sur la nature du jus in rem

Nous avons donc là deux textes du droit romain qui sont en sens diamétralement opposés. Et si nous regardons les textes des glossateurs, nous constatons qu'ils ont été horriblement embarrassés et ne savent plus s'il faut faire de ceci un *jus in re aliena* ou un droit propre réel, qui va nous mener au dominium. En particulier Rogerius dont je vous parlais tout à l'heure à sa somme 3,21 de *rei vindicatione*, est assez amusant à lire parce que d'une ligne à l'autre il se contredit: "la directa, l'action directa appartient à celui qui est dominus jure gentium, ou jure civili; au dominus jure naturali est concédée l'action utile; au dominus jure gentium est donnée l'action directa". Comprenez-vous pourquoi il oppose naturel et *jus gentium*? "L'action utile appartient à celui qui n'est pas dominus..." (C'est la phrase qui suit), A celui qui "n'est pas dominus mais qui a un *jus in rem* tel que le "superficiaire et l'emphytéote et celui qui a l'ager "vectigalis".

C'est manifestement impossible de savoir ce que veut dire ce texte plein de contradictions.

Nos premiers glossateurs ont donc été sur cette question aussi contradictoires que les auteurs romains

avec cependant cette circonstance aggravante, c'est que si les Romains se contredisaient, c'était d'un juriste à l'autre, ce n'était pas le même juriste, dans le même texte, je dirais presque dans la même phrase qui disait des choses contradictoires.

Seulement, la discussion n'a pas duré indéfiniment. L'idée du jus in re aliena a été écartée, on a considéré que le vassal, le censitaire, l'emphytéote avait un droit réel et même un dominium utile, et sur ce point je pourrais vous citer les textes de la grande glose d'Accurse, vous pourriez vous reporter à ses gloses du code (10, 15, I), à ses commentaires du Digeste (43, 18, I, 2); (39, 2, 15, 16), (6, 3, I), (1, I, 5), etc.... Dans tous ces textes vous verrez l'affirmation absolument claire de l'existence d'un droit réel au profit du vassal ou de l'emphytéote, d'un droit réel qui constitue un dominium.

Par conséquent, nous arrivons à cette idée, c'est qu'il existe, pour l'emphytéote ou le conductor agri vectigalis, ou le titulaire d'un jus perpetuum, un dominium sanctionné par une action utile. On arrive à cette idée du moment que cette action utile entraîne un droit réel et que le droit réel doit entraîner un dominium, nous arrivons à l'idée du dominium utile opposé au dominium directum, au dominium romain ex jure quiritium classique. Du moment qu'on est obligé de leur donner un dominium, et, d'autre part, du moment qu'il est évident que ce n'est pas le dominium romain véritable, on est obligé de créer un deuxième dominium qu'on va appeler le dominium utile, et ce dominium utile on va l'accorder à trois catégories de gens: d'abord à l'emphytéote, au conductor agri vectigalis, au titulaire du jus perpetuum. Ici c'est une déformation du droit romain, mais enfin une déformation qui n'aurait peut-être pas fait bondir certains auteurs romains anciens.

Mais une deuxième catégorie de gens vont avoir ce dominium utile, ce sera le vassal ou le censitaire

Enfin, une troisième catégorie de gens qui n'existe plus, les bonorum possessores, les gens qui ont la propriété prétorienne du vieux droit romain, ont un dominium utile.

Voilà une extension - qui aurait bien surpris les Romains - de cette notion qui leur était inconnue du dominium utile. Voilà l'emphytéote, le vassal, le censitaire et voilà le propriétaire prétorien qui vont devenir des domini du dominium utile.

Seulement, c'est très joli de dire qu'il y a un dominium, mais il s'agit de lui donner de la consis-

On écarte l'idée de jus in re aliena. Le jus in rem est considéré par tous comme un droit propre, un véritable dominium utile

Les deux formes du dominium:
Le dominium directum et le dominium utile

Vassal et censitaire ont le dominium utile

On est amené à définir le

domaine utile, et à en faire une théorie. On essaie d'utiliser les textes romains

tance, il s'agit de le faire jouer, d'indiquer comment on va acquérir ce dominium, comment on va pouvoir l'alléger, comment on va pouvoir le sanctionner, comment on va pouvoir le posséder. Il s'agit de voir quels vont être les modes d'acquisition, quels vont être les modes de cession partielle, d'acquisition ou de cession totale, les modes de sanction, les modes aussi de possession. Et tout ceci ne va pas être facile. Il va falloir singulièrement forcer les textes romains pour en sortir tout cela.

On va trouver un mode d'acquisition et même ce mode d'acquisition était très facile à trouver. Nous avons, bien entendu, des modes d'acquisition qui sont propres au jus quiritium, au dominium direct, ce sera la mancipatio, l'in jure cessio, etc... C'est d'autant plus facile que cela ne vit plus et ne dérange personne.

D'autre part, on va trouver des modes d'acquisition du dominium utile. Ce seront les modes d'acquisition prétoriens, d'acquisition de la bonorum possessio. Comme cela ne joue plus, cela ne gêne pas non plus.

Et puis alors il y a un troisième mode qui existait en droit romain, qui existait encore à l'époque, et qui avait une grande commodité: la traditio. Comme la traditio était permise en droit romain, non seulement pour la propriété quiritaire, mais encore pour la propriété prétorienne provinciale, pour des transmissions de possessio, il n'y avait aucune difficulté. On peut dire que cette investitura, cette traditio peut servir pour les deux dominia, directum et utile. Et alors on explique parfaitement les investitures des fiefs ou des censives, les ensaisinements.

Et puis, on va encore découvrir - pour cela il a fallu forcer les textes, mais on y est arrivé - que l'usucapio sert à acquérir le dominium directum, la praescriptio sert à acquérir le dominium utile. Et comme, d'autre part, il n'y avait plus guère pratiquement que des dominia, des cas de dominium utiles à l'époque où nous nous plaçons, et que nous avions un système de prescription extinctive, il suffisait de faire marcher la prescription trentenaire et il n'y avait plus besoin d'usucapion. Par conséquent, dans le dominium directum on conservait l'usucapion. Seulement le rapport entre cela et le droit romain est lointain.

Quant aux concessions partielles du domaine utile les sous-inféodations, c'était très facile, parce que, nous avons toute une série de textes du droit romain dans lesquels il est question de cessions totales ou partielles ou de constitution de servitudes d'usufruit toute une série de concessions sur ces droits d'usufruit, sur des droits d'emphythéose, de jus perpetuum.

Utilisation de la traditio romaine comme mode de transfert du domaine utile comme du domaine direct.

L'usucapio procédé d'acquisition du domaine direct, la praescriptio du domaine utile

nous en avons vu tout à l'heure, je vous en ai cité un au Digeste par exemple (43, 18, I, 6). Je ne vous cite pas les controverses là-dessus.

Nous avons donc là des sous-concessions possibles des sous-concessions du dominium utile

Il s'agit maintenant de trouver les sanctions. Pour les sanctions ce fut assez facile. Pour accorder une sanction du dominium utile il n'y avait qu'à se servir du fameux texte de tout à l'heure au Digeste (6, 3, I, I) où on accorde une action utile au profit de l'emphytéote ou du conductor agri vectigalis. Dans ces conditions là, nous avons notre action utile pour sanctionner le domaine utile. Aucune difficulté.

D'autre part, pour le domaine direct, nous avons, bien entendu, la rei vindicatio.

Seulement il y avait quelque chose qui était un peu gênant, c'était la publicienne. L'action publicienne il fallait en faire un mode de sanction du domaine utile, puisqu'on fait rentrer la propriété pré-toriennne dans le dominium utile. Mais il y avait un texte qui fut très pratique: Digeste, 21, 2, 39, I qui visait l'hypothèse où un esclave aurait sans le jus-sus du maître vendu un autre esclave. Il a vendu cet autre esclave et il a prévu une stipulation du plae. Cet esclave meurt, La rei vindicatio devient impossible puisque l'esclave est mort. Le texte dit: oui, mais ici il survit l'action publicienne qu'on pourra utiliser. On comprend très bien qu'elle ait pu être utilisée, puisqu'on a jugé comme si les délais d'usu-caption étaient expirés, et alors avec une fiction comme celle-là, on arrive à faire jouer cela.

On va donc se servir de ce texte là pour dire: vous voyez, nous avons bien deux actions différentes, une action directe et une action publicienne qui a un domaine différent. L'action directe, la rei vendicatio a pour domaine le domaine direct, et, d'autre part, cette publicienne a pour champ d'application ce qui n'est pas le domaine direct. Mais ceci est inexact et dans la grande glose Accurse semble en con-venir. Et alors on arrive à cette conclusion: l'action publicienne va servir dans les deux cas, nous aurons une action franchement pétitoire et une action quasi-pétitoire pour le domaine direct, rei vindicatio et action publicienne. Et nous aurons d'autre part une action franchement pétitoire et une action quasi pétitoire pour le domaine utile, rei vindicatio utilis et publicienne utilis.

Il restait maintenant une dernière question, un dernier problème qui était plus grave, c'était la question de la possession. Elle n'allait pas sans difficulté. Pour la possession en effet, Paul s'en

L'action utile
au domaine utile.

Revendicatio
pour le domaine
direct

La publicienne
servira tant
pour le domaine
direct que pour
le domaine uti-
le

Difficulté pour
la possession:
étant un fait
il ne semble
Source : BIU Cujas

pas qu'elle puisse se trouver dédoublée entre plusieurs mains

Paul et Labéo considèrent que la possession ne peut être divisée

Les premiers glossateurs reconnaissent la difficulté: Le titulaire du domaine utile, disent-ils, ne peut posséder

On admet que vassal et censitaire ont une possessio naturalis, le seigneur une possessio civilis

était occupé et avait écrit là-dessus un texte qui véritablement devenait extrêmement gênant. Paul avait écrit au Digeste (41,2,3,5): "Il est impossible que "plusieurs personnes possèdent in solidum la même chose. Il est en effet contrenature que lorsque je tiens "moi-même quelque chose, tu puisses apparaître, toi, "comme tenant également cette chose...." Il n'est pas plus possible de voir une même possession entre deux personnes qu'il n'est possible de voir un autre établi sur un point sur lequel moi-même je me tiens, ou qu'il est impossible de voir un autre demeurer dans un lieu où moi-même je demeure".

Un texte comme celui-là est terrible pour les gens qui veulent créer un dominium directum et un dominium utile, car il est bien évident que dans le système romain nous avons un seul possesseur, celui qui a la propriété, celui qui a ce que l'on appelait le dominium directum. Et par conséquent, il est impossible de concevoir une possession quelconque entre les mains de celui qui a le dominium utile. Cela devient quelque chose d'impossible d'après la théorie de Paul. Ce texte là va devenir le texte crucial pour les glossateurs, le texte qui va peut-être rendre impossible la construction désirée, ou qui alors, au contraire, si on arrive à le tourner va donner tout le système.

Eh bien, les premiers glossateurs ont été loyaux en déclarant qu'on ne peut pas faire le dominium utile à cause de cela: la possession naturalis n'est pas une possession, d'autres textes du droit romain le disent, il n'y a qu'une seule possession c'est la possession civilis. Par conséquent nos emphytéotes, nos censiers, nos vassaux ne peuvent pas posséder. Et alors, s'ils ne peuvent pas posséder, comment pouvez-vous construire votre système ? Eh bien, on s'en est tout de même tiré. On se tire toujours des textes quand on veut leur faire dire ce qu'on veut... Johanes est intervenu et il a dit : - Oui, on a dit quelque chose de juste: on ne peut pas posséder in solidum, naturaliter ou civiliter, il n'est pas possible d'avoir deux possessions civiles sur la même chose, mais on peut avoir une seule des deux possessions, on peut être seul à posséder civillement, on peut être seul à posséder naturellement, et par conséquent nous pouvons avoir deux individus qui possèdent l'un civillement, l'autre naturellement.

Il y a là une façon un peu bizarre d'interpréter un texte. Comment a-t-on pu le solliciter à ce point pour en faire sortir une chose pareille ! C'est tout de même ce qui en a été tiré. Voici du reste le passage: "Je dis donc que d'après Johanes on ne peut pas "avoir in solidum deux possessions, on ne peut donc "pas posséder civiliter et naturaliter, on ne peut

"pas posséder à deux naturaliter tantum, on ne peut "pas posséder non plus à deux civiliter tantum. Mais "un civiliter, un autre naturaliter, comme le fructua- "rius ou le proprietarius, cela c'est possible. De mê- "même dominus et vassal c'est possible. De même domi- "nus et emphytéote c'est possible".

Mais il semble que cette possessio naturalis n'ait aucun intérêts, puisque se conservant corpore tantum, elle ne saurait donner les interdits

Voilà le texte. Seulement, même en disant que nous allons avoir une possession naturelle et une possession civile, il reste encore une difficulté, c'est que cette possession naturelle, elle ne peut exister que par le corpus, ce n'est qu'une détention, on ne peut pas avoir une possession naturalis animo tantum, on ne peut l'avoir que corpore tantum. Et alors, à quoi cela sert-il de dire que nous avons une possession naturelle si on suit les textes du droit romain qui nous disent que cette possession naturelle n'existe que corpore tantum, et qu'elle meurt et qu'elle n'existe plus à aucune espèce de titre lorsque le corpus disparaît ? Si vous admettez cela, si vous ne donnez pas une possession naturalis animo tantum, vous ne pouvez plus accorder vos interdits, et par conséquent cela ne vous avance à rien du tout d'avoir dit que vous aviez une possession naturalis, il faut dire que cette possession naturalis pourra exister animo tantum. Il faut donc encore ici sur ce point arriver à faire dire aux textes du droit romain rigoureusement le contraire de ce qu'ils disent. Eh bien, ce travail là, on va encore le réaliser et il faut citer à cet égard un passage de la glose d'Azo.

"Et il ne faudra pas vous étonner si je dis ici "que la possession naturelle peut être retenue par "l'animus, parce que, en effet, la possession peut "être beaucoup modifiée par le droit. Par conséquent, "moi, propriétaire, je retiens ma possession civile "et non pas la possession naturelle par mon seul ani- "mus. Il me suffit que mon animus agisse pour me re- "tenir la possession civile. Par contre, le colon ne "peut pas retenir la possession civile seule, mais il "retient la possession naturelle pour son dominus. "Quant aux fructarius et à l'emphytéote et autres "individus de situation analogue, ils retiennent la "possession naturelle comme il est dit par le seul "animus".

Cela n'est pas très argumenté. Ce n'est au fond qu'une affirmation, guère autre chose.

Bien entendu, si vous admettez que la possessio naturalis pourra être conservée animo tantum, alors à ce moment là il n'y a plus pratiquement aucune espèce de différence entre la possession civile et la possession naturelle. Et à partir de ce moment là, on pouvait dire que du moment que la possession naturelle

La glose d'Azo
La possession
naturelle peut
être retenue
par "l'animus"
seul

Dire que la
possession na-
turelle peut
être retenue
animo tantum,
c'est la rappro-
Source : BIU Cujas

cher de la possession civile et étendre le domaine des interdits

pouvait être conservée animo tantum, bien entendu on devait lui accorder les interdits unde vis puisque le droit romain les accordait déjà. Mais, d'autre part, on a accordé les interdits uti possidatis et d'une façon qui devenait acceptable si on admettait la possibilité de conserver animo tantum. C'est donc une possession naturelle sanctionnée par les mêmes interdits que la possession civile. Il y a eu en réalité deux possessions civiles, alors que le droit romain n'en connaissait qu'une.

Seulement, toute cette construction n'était pas arrivée encore à des résultats très satisfaisants. Avec ce système de la possession naturelle, nous avions une possession civile et une possession naturelle, mais nous n'avions qu'une seule possession naturelle, une seule possession civile. En réalité, dans le système si compliqué de la féodalité, dans cette superposition de tenures, nous avions des quantités de possessions, comme du reste des quantités de domaines et des quantités d'investitures, de droits sur la terre. Nous avions les vassaux, les arrières-vassaux, toute cette hiérarchie de vassaux qui avaient une certaine possession. Et, par conséquent, une construction qui ne nous donne qu'un domaine direct et qu'un domaine utile n'arrive pas à rendre compte de la complexité de la réalité, n'arrive pas à donner une conception pratiquement applicable et d'accord avec les faits.

Bartole va faire un pas de plus, il va commencer par une belle affirmation. Il dira d'abord qu'évidemment il existe une possession civile et une possession naturelle. Et non seulement il dira cela, mais il ajoutera: "Il me semble que les docteurs anciens et modernes ont terriblement dévié de l'esprit du droit sur cette matière en ne reconnaissant pas très aisément l'existence d'une possession naturelle".

Mais il y a plus. Pour Bartole, il existe trois possessions principales, je dirais même cinq :

1°) Il y a la possession civile, celle qui est apta producere civiles effectus respectu veri domini. Il y a encore tout de même le mot veri domini. Il aurait dû supprimer ce mot veri domini, parce que c'est tout de même reconnaître qu'il y a un véritable propriétaire du droit romain.

2°) Il y a une possession naturalis: "apta producere civiles effectus, apte à produire des effets civils respectuali cuius juris a dominio separati, vis-à-vis de n'importe quel droit séparé du domini". Faites bien attention à ceci parce que vous allez voir que cette formule peut nous donner non pas une possession, mais des quantités. Faites attention au terme; apte à produire des effets civils vis-à-vis

Les cinq possessions de Bartole :
 1°) Possessio civilis
 2°) Possessio naturalis.
 3°) possessio corporalis
 4°) détention
 5°) quasi-possession des droits

de quelque droit alicujus juris a dominio separati. Vous vous rendez compte qu'avec cette définition là, nous allons pouvoir donner des possessions à tous les cas possibles et imaginables. C'est un très gros progrès, c'est une façon de s'écartier plus du droit romain, mais de se rapprocher singulièrement de la réalité.

3°) Il y a la possessio corporalis. Le mot corporalis ici reprend son sens romain

4°) Il y a la détention

5°) La quasi-possession jurium

Je n'ai pas besoin de vous dire qu'il n'a pas beaucoup insisté sur cette détention, cela n'avait pas beaucoup d'importance pratique, et encore moins sur la possession juris.

Tout ceci a été défini par lui dans sa glose 7 (Livre 41, 2, Digeste, I, I).

Nous avons donc dans ce système comme possessions importantes deux possessions: la possession civile et la possession naturelle.

Mais cette possession naturelle, qu'est-ce que cela va être ? Est-ce que cela va être la possession du domaine utile simplement, ou est-ce que cela ne va pas être quelque chose de beaucoup plus compliqué ? Est-ce que nous n'allons pas avoir autant de possessions naturelles que nous aurons de droits sur ce domaine utile ? Nous allons avoir donc dans ce système la possession civile romaine. Puis nous allons avoir ensuite une possession pour chacun des droits qui pourront exister sur le domaine utile, sur chacun des démembrements de ce domaine utile. Vous voyez que nous serrons de plus près la réalité. Voici du reste le texte de Bartole que je vais lire :

Bartole, glose 13 (Digeste 41, 2, I, I): "Mais "je veux poser une question: est-ce que deux usuarii "peuvent être constitués in solidum sur la même chose? "De quelle manière possèdent-ils ? Je conclus que la "possession civile ne peut pas être si elle n'est une, "parce que le domaine est un. De même, la possession "naturelle vis-à-vis du domaine utile est une, parce "que le domaine utile est un. Mais de même, la posses- "sion naturelle vis-à-vis de l'usufruit est une, par- "ce qu'il est une partie du dominium. Mais les posses- "sions naturelles sont nombreuses vis-à-vis de l'usus, "parce que de même on peut posséder plusieurs usus "sur la même chose".

Dans ce système de Bartole, nous avons donc trois choses: un dominium civile qui est un, une possession une du dominium naturale qui est un, et des possessions diverses d'usus sur ce dominium naturale. Voilà ce qu'il nous dit. C'est très clair en apparence et on

Bartole essaie de maintenir l'idée d'un dominium civile unique et d'un dominium naturelle unique aussi, à côté de possessions multiples d'usus

peut assez aisément comprendre l'existence de toute une série d'usus et même l'existence de toute une série de possession de ces usus. Mais ce qu'on n'arrive plus à comprendre dans ce système, c'est qu'il essaye de maintenir quand même l'unité du dominium naturale. Il devrait dans un système comme celui-là supprimer le dominium civile, puisque c'est une réminiscence romaine et que cela ne correspond pas à la réalité; il devrait faire disparaître le dominium naturale, puisque en réalité nous n'avions pas un dominium naturale un, et il devrait ne conserver qu'une série d'usus et de possessions d'usus.

Les possessions d'usus multiples sont en plein accord avec les idées dérivées du monde germanique; celles-ci sont en contradiction avec le dominium unique

Il y a plusieurs idées à la fois là-dedans. Remarquez que lorsque je vous dis que je comprends les possessions d'usus, je dis que je le comprends en rai-sonnant avec une psychologie germanique, je ne le comprendrais pas dans le système classique du droit romain, puisque dans celui-là on a essayé de faire de la possession une espèce d'avant-poste du dominium et on n'a plus conçu d'autre possession que celle du dominium. Mais enfin, si nous écartons cette construction romaine, qui, du reste est seulement classique et n'a pas toujours été dans le droit romain, et si nous admettons toute cette série de saisines du droit germanique, qui du reste n'est pas absolument spéciale au droit germanique, nous comprenons l'existence de ces possessions. Mais ce que nous ne comprenons plus, c'est l'existence d'un dominium civile unique et l'ex-istence d'un dominium naturale unique. En réalité, Bartole a maintenu tout cela parce qu'il y avait ces textes de droit romain qui le gênaient, alors il a été obligé de dire qu'il y avait un dominium civile parce qu'il se trouvait dans le droit romain et que là il était unique, et comme il a essayé de donner des droits égaux aux tenanciers, il a essayé de faire en face du dominium civile un dominium naturale.

C'est une construction qu'il a trouvée chez ses prédécesseurs, c'est quelque chose qui est resté et qu'il n'a pas chassé. Mais en réalité, avec le système vers lequel il allait, il aurait dû supprimer sa possession naturalis, son dominium naturale et même son dominium civilis pour ne plus conserver que ses usus. Il aurait du aller jusqu'au bout de sa construction non romaine et plus germanique, et en tout cas d'accord avec les faits.

Bartole, en contradiction avec les idées romaines fait du droit de propriété une

Et une fois que Bartole a été amené à cela, il a immédiatement été amené à dire qu'il y avait un dominium civile, un dominium naturale et qu'il y avait encore d'autres droits, des usus. Il a été très gêné pour donner une possession à des usus, très gêné pour faire son démembrement de son dominium naturale. Et il

res incorpora-
lles.

Le droit de propriété est pour Bartole la somme des droits réels sur une res.

Difficultés éprouvées par Bartole pour concilier cette idée avec les textes romains

y avait en particulier dans le droit romain quelque chose qui le gênait énormément c'était cette conception sur laquelle j'ai insisté, d'une propriété dans laquelle il entre un élément d'occupation. Tout ce côté res corporalis de la propriété romaine sur lequel j'ai insisté, toute cette construction romaine qui arrive à faire de la propriété quelque chose d'absolument distinct des droits réels, quelque chose de corporel en face de droits incorporels, parmi lesquels on ne distingue plus les droits personnels et les droits réels. Eh bien cela l'a gêné énormément, et il a été obligé de modifier la définition romaine du droit de propriété, et il a été obligé de considérer le droit de propriété (comme du reste nous le faisons aujourd'hui) comme un droit incorporel. Il a été obligé de séparer la chose du droit pesant sur la chose, et il a été obligé, par conséquent, de donner du droit de propriété une définition qui est à peu près celle que je recommandais dans les premiers cours au début de l'année, lorsque je ne faisais du droit de propriété qu'une espèce d'addition de droits réels.

Ce qui rend l'explication de Bartole difficile c'est l'obligation pour lui de respecter le droit romain et, d'autre part, d'essayer de faire pénétrer des réalités qui n'avaient rien de romain, d'où un système qui craque quand on veut l'analyser. Par exemple (même titre, gloss 4, loi 17): "Je cherche ce qu'est le dominium, on peut appeler dominium dans son sens le plus large toutes espèces de droits incorporels, de sorte que l'on a un dominium de l'obligation ou un dominium de l'usufruit".

Retenez ceci. Nous avons une définition qui est très loin du droit romain, mais très claire, seulement comme le droit romain ne dit pas cela et que Bartole le sent, il va essayer de se rattraper et il va se contredire: "Mais encore que le dominium tombe sur les res incorporales, les Institutes montrent cependant qu'un autre dominium existe sur les choses corporelles que sur les choses incorporelles. Quel est donc ce dominium ? Répondez: c'est le droit de disposer parfaitement d'une chose corporelle, si la loi ne l'interdit pas. Je dis droit à la différence de la chose corporelle elle-même qui est un fait. Et par conséquent il faut dire qu'une chose est le dominium et une autre la res. Et je dis ceci à propos des choses corporelles à la différence des choses incorporelles dans lesquelles n'existe pas à proprement parler un dominium".

Il y a évidemment contradiction entre le début

du texte et ce qu'il indique la fin du texte. Au début du texte, il dit: "Dans son sens le plus large (il devrait dire: dans son sens moderne), le "mot dominium "est celui qui porte sur n'importe quelles choses incorporelles, même une obligations." "Dans son sens le plus étroit, on ne peut pas dire que le dominium se confond avec la res, et ici il y a une excellente analyse supérieure au droit romain, il faut dire que c'est un droit qui porte sur la res, mais qui l'englobe tout entier".

Et il termine: "Et par conséquent, le véritable dominium ne peut exister que sur les choses corporelles et non pas sur les choses incorporelles" comme il le disait deux lignes plus haut.

On voit la contradiction et on sent ici l'impossibilité de faire une construction avec Bartole. On sent chez lui un individu qui connaissait ses textes de droit romain, qui savait parfaitement qu'avec le droit romain il lui était impossible d'expliquer le système de la propriété démembrée du droit féodal. Et cependant il l'a voulu. Alors, il a été amené à faire de la propriété un droit incorporel et à reconnaître même la propriété de droits divisés, puisque dans son sens le plus large, le dominium englobe même les obligations personnelles. Nous nous avons des droits réels et du droit de propriété, nous appelons droit réel un droit de servitude, et droits de propriété tous les droits qui pourront exister sur une chose. Eh bien, Bartole, lui appelle dominium tous les droits réels, il accorde encore à tous ces droits réels toutes les conséquences de la propriété, puisqu'il leur accordera la rei vindicatio, la possession, etc...

On voit comme avec ce système il s'écarte du droit romain et comme en même temps il arrive à pouvoir théoriquement faire jouer toutes les sanctions et toutes les règles de droit romain au profit des vassaux, des censitaires, de tous les gens qui détiennent une partie d'une propriété foncière.

Tout cela est difficile. Il ne faut pas oublier que nous sommes en présence d'une construction de quelqu'un qui veut réaliser quelque chose d'irréalisable. Nous sommes en présence d'un Bartole qui essaye d'expliquer à la romaine quelque chose qui est absolument inconciliable avec les idées romaines.

On peut s'expliquer ce que dit Bartole, on ne peut pas le comprendre.

3° - La multiplicité des domaines directs utiles

Dans la pensée des glossateurs d'avant Bartole, des premiers glossateurs, il est évidemment impossible

de diviser le domaine utile. C'était impossible parce qu'ils n'avaient pas encore suffisamment glosé et déformé le droit romain pour arriver jusque là. Et pour eux, par conséquent, le dominium utile était unique.

Pour les premiers glossateurs les vassaux intermédiaires ne possèdent "nullo modo"

Voici dans la grande glose le commentaire du code (8, 6). "De même lorsque le vassal possède naturaliter tantum, si il donne à un autre un fief et "celui-ci encore à un autre, qu'est-ce qui sera dit "posséder ? Eh bien, je réponds: le dominus possédera "civilitar et le dernier vassal possédera utiliter, "les intermédiaires posséderont nullo modo"

Ceci vous montre bien que nous ne sommes plus dans le droit romain, mais que nous n'en sommes pas encore par trop affranchis. Seulement, c'est aussi l'aveu qu'avec un système comme celui-ci on n'arrive pas à rendre compte de la propriété féodale. C'est un aveu d'insuffisance pour faire entrer la féodalité dans le droit romain, ou plus exactement c'est une déformation encore insuffisante du droit romain pour le mettre d'accord avec la féodalité.

Aux vassaux intermédiaires on n'accorde que l'action "praescriptis verbis"

Ces premiers glossateurs s'en tiraient en disant qu'on devait accorder à ces vassaux intermédiaires, à ces personnes qui se trouvaient entre le dernier détenteur du fief ou de la censive et le baron, qu'on allait accorder à tous ces personnages intermédiaires une action praescriptis verbis, c'est-à-dire l'action contraire de l'action in jus. C'était en faire une situation inexplicable du droit.

Le progrès de Bartole: la série d'usus sur le domaine utile

Alors, on a voulu sortir de cette difficulté. Il y a eu le biais de Bartole que j'indiquais tout à l'heure, qui va créer un dominium directum, un dominium utile, et puis des démembrements de ce dominium utile. Avec ce système de Bartole, il y a évidemment un très gros progrès, nous nous rapprochons beaucoup de la réalité, mais sans cependant l'atteindre encore, parce que Bartole reconnaissait une espèce de séries d'usus sur le domaine utile, une série de démembrements du domaine utile, mais ce n'était pas cela la réalité.

Dans la réalité, nous n'avions pas un dominium directum, un dominium utile et des démembrements d'usus sur ce domaine utile.

Il y avait là quelque chose d'absolument faux, même de très choquant pour l'esprit des hommes du temps. Réfléchissez à ceci: dans ce système là, le droit du suzerain (je ne parle pas du baron, le baron a le dominium civile directum), mais je parle du seigneur censier au dessus du censitaire, qu'aura-t-il dans ce système là ? Un usus sur le domaine utile du censitaire ? Ce n'est pas tout à fait exact. En réalité, il ne faut pas considérer le droit du seigneur censier sur

la censive comme un démembrément du domaine utile dont le censitaire serait le propriétaire. Ce n'est pas vrai, cela choque. Il semblerait que ce soit le vassal qui ait fait une concession au seigneur, cela ne peut pas marcher.

D'autre part, avec ce système là, comment va-t-on accrocher le droit du suzerain de ce seigneur censier? Cela devient encore plus compliqué. Par conséquent, ce système là ne donne pas de bons résultats.

Les glossateurs français dégagent l'idée d'une série, d'une "cascade" de droits incorporels - d'où toute une série de quasi-possessions

Les glossateurs français se sont préoccupés de la question et ils ont voulu mieux faire que les Italiens, ils y sont arrivés du reste sur ce point. Eudes de Sens s'est dit: Il y a quelque chose de vrai dans ce qu'à dit Bartole, c'est quand il parlait des droits incorporels. Allons jusqu'au bout de cette idée de droits incorporels. Disons donc qu'il y a toute une série de droits incorporels portant sur la chose, et qu'il y a par conséquent toute une série de quasi-possessions portant sur la chose.

Ce système là est un peu supérieur au système de Bartole, parce que nous n'avons plus comme dans le système de Bartole l'impression que le droit du seigneur censier est un démembrément du domaine appartenant au censitaire. Ils ont tous des droits différents. Mais ce n'est pas encore quelque chose d'extrêmement clair.

La recherche a été reprise et dans une direction meilleure par Jean Faber. Pour Faber il y a autant de domaines directs et autant de domaines utiles qu'il y a de seigneurs et de vassaux. Cependant, il existe bien une unité de dominium directum et une unité de dominium utile.

C'est toujours au fond le fameux texte de Paul qui les gêne, ce texte de la possession in solidum.

Alors, il nous dit pour tâcher de se rattraper un peu et de s'écartier moins du droit romain: nous avons toute une série de droits, de domaines directs utiles au profit de chacun des seigneurs, des vassaux. Seulement il faut tout de même maintenir l'unité du domaine direct, du domaine utile, ne pas trop s'écartier des textes romains et alors il nous dit: il y a unité du dominium directum, unité du dominium civile, mais dans les relations du seigneur et du vassal. Par conséquent, nous avons un domaine utile du dernier censier ou du dernier vassal, un domaine direct de son seigneur. Mais ce seigneur du censier a un domaine utile vis-à-vis de son seigneur supérieur et un domaine direct sur son vassal, et puis l'autre également et indéfiniment.

Alors, nous avons un seul domaine direct en face d'un seul domaine utile, dans les relations du seigneur et du vassal. Mais au dessus de ce domaine direct

et de ce domaine utile du premier vassal et du premier seigneur, nous avons un domaine utile et un domaine direct pour ce seigneur vassal et pour le seigneur de ce seigneur vassal, et indéfiniment. Et alors de la sorte, nous arrivons à retrouver toute une série de domaines directs uniques et de domaines utiles uniques. Evidemment avec ce système là, on peut reprendre davantage peut-être une terminologie romaine.

Chaque vassal a vis-à-vis de son suzerain un domaine utile, et vis-à-vis de son propre vassal un domaine direct: en effet à tous les degrés de l'échelle existe la commise

Il y a dans le texte quelque chose de particulier d'horriblement délicat, c'est qu'il nous dit qu'évidemment, jusqu'ici, on a considéré qu'il n'y avait qu'un seul domaine direct et qu'un seul domaine utile. On le disait parce que c'était moins éloigné du droit romain. Et il nous dit: - Mais, réfléchissez bien et vous allez vous rendre compte que ce n'est pas vrai. Il n'y a qu'un seul domaine direct, qu'un seul domaine utile. Quand quelqu'un sous-inféode son fief ou quand quelqu'un donne en emphytéose ce dont il est déjà emphytéote, dans ces cas là on donne quelque chose, on fait l'abandon du domaine utile. Est-ce qu'on perd tout ? Non, on conserve la commise, on conserve la possibilité dans le cas de non paiement du canon en matière d'emphytéose de reprendre. Par conséquent, on conserve bien un domaine sur cette chose. Donc, il est faux de dire qu'il y a un seul dominium directum et un seul dominium utile, nous avons bien un dominium utile et un dominium directum entre ces deux individus, comme nous en avons entre ceux qui sont en dessus et en dessous, c'est dans la nature du contrat d'inféodation. Et du moment que c'est dans la nature du contrat d'inféodation, c'est que c'est dans la nature de la réalité des choses et c'est qu'il y a autant de dominium directum et de dominium utile qu'il y a de seigneurs.

Son raisonnement, je crois, sous cette forme, paraît en effet assez facile à comprendre. Je dois dire qu'il l'a présenté sous une forme moins claire, et c'est pour cela que je préfère ne pas lire cet extrait.

Caractère germanique de la théorie de Jean Faber. L'investiture germanique n'était qu'une certaine puissance sur un élément de la chose.

En terminant avec cette question, remarquons que nous sommes en présence d'une construction germanique. Nous avons déjà cité un texte de Heusler N° 156-7, auquel il est bon de se reporter. Nous savons aussi que dans le droit germanique, l'abusus était à peine conçu, qu'il y avait comme une série d'usus. Ici, c'est une série d'usus que nous avons, c'est donc quelque chose qui est complètement germanisé et pas du tout romain.

Et alors, dans ces conditions, la question se pose de savoir quelle a été l'importance de cette construction ? Je vous montrerai au commencement de

tion faite sur les textes romains, si elle ne pénètre pas partout, montra au moins son caractère factice, ce qui fit admettre que censier ou vassal avait la propriété, le seigneur ayant une servitude

la prochaine leçon un texte de Beaumanoir qui nous montre qu'un censier a été considéré encore comme un homme lié vis-à-vis de son seigneur, donc si l'idée du dominium utile avait pénétré, si cette construction romaine pour donner comme plus de force, comme plus de réalité juridique à la tenure du censitaire sur le sol avait triomphé, avait pris corps, on ne verrait pas cette hésitation de Beaumanoir qui est en contradiction avec l'idée de domaines directs et utiles.

Mais, d'autre part, il paraît tout de même que cette pénétration du droit romain a eu de l'importance, car les auteurs sentaient bien qu'ils n'étaient pas d'accord avec le droit romain, et ils ont été amenés pour les censives d'abord, pour les fiefs ensuite à dire ceci: c'est que le vassal ou le censitaire était propriétaire. Et ils ont donné à ce mot le sens romain Et les droits des seigneurs supérieurs sont devenus des servitudes pesant sur ce droit de propriété. Et, bien entendu, on a cherché à se débarrasser de ces servitudes, qui ont paru de plus en plus comme quelque chose de contraire à la norme.

Nous avons terminé ainsi l'étude de l'œuvre des glossateurs. Elle n'a peut-être pas eu une extrême répercussion. Évidemment, en faisant pénétrer le droit romain, on faisait pénétrer l'idée du dominium, et ceci pouvait amener progressivement à considérer le censitaire et le vassal à l'époque de Pothier comme le véritable propriétaire du sol, propriétaire d'un sol tenu d'une sorte de servitude.

Mais le système des glossateurs aurait dû, s'il avait eu une très profonde pénétration, avoir pour conséquence de faire qu'on considère le droit du censitaire ou du vassal sur sa tenure comme un droit réel, comme un droit n'ayant absolument aucun caractère personnel, comme un droit ne pouvant entraîner aucune espèce d'obligation d'un caractère contractuel.

Cette conséquence, on ne l'a pas tirée, et voici un texte de Beaumanoir qui est à ce point de vue assez significatif sans être très précis. Beaumanoir nous parle des individus qui tiennent une terre, une censive en vertu d'un bail à rente, d'un bail contractuel. Et alors, à l'occasion de ceux-là ,il nous dit que bien entendu ils ne peuvent pas détériorer la terre qu'ils tiennent ou la maison qu'ils occupent. Ceci est très naturel puisque ce sont des locataires. Mais il devrait y avoir une différence essentielle entre eux et les censitaires qui, dans le système des glossateurs, ont un dominium utile. Voici ce qu'il dit : "Il est défendu de mal expliciter ou de détériorer une "tenure prise à bail à rente, car mon propre héritage

Beaumanoir continue à considérer que le censitaire n'a pas à proprement parler un droit réel sur sa tenure.

"même ne me loit-il pas à gâter ne à essilier, par "mauvaise cause, pour ce que ce serait au dommage des "seigneurs de qui je tiens les choses et contre le "commun profit", ou dans un françois un peu plus moderne: "on ne peut pas détériorer une terre qu'on tient à rente, car même mon propre héritage lui-même il ne m'est pas loisible de le gâter ou de le détériorer pour une mauvaise cause, parce que ceci serait dommageable au seigneur de qui je tiens ces choses, et ce serait contre le commun profit". Ce n'est pas nettement nous dire que le censitaire n'a pas une propriété sur sa censive, mais ce n'est pas nettement non plus dire le contraire.

En réalité, la construction doctrinale des glossateurs n'a pas modifié et précisé la situation antérieure. On continue à se demander ce qu'il convient de faire en justice, en équité d'une façon générale. Et Beaumanoir répond: en équité, d'une façon générale, non, le locataire ne peut pas abîmer la tenure qu'il tient, mais le censitaire ne le peut pas non plus, parce que cela ferait du tort au seigneur. Mais pas de construction juridique, on ne se demande pas s'il y a une relation contractuelle entre les deux, s'il y a un droit de propriété. On essaye de trouver une solution d'équité et de justice en dehors de toute construction doctrinale.

Le texte de Beaumanoir du reste n'est pas isolé, et nous avons toute une série d'autres textes qui s'expriment à peu près de la même façon. Loisel a une formule qui est peut-être un peu moins nettement favorable à notre thèse que celle de Beaumanoir, mais qui ne l'est pas beaucoup moins. Il nous dit: "Le propriétaire ne peut tellement empêcher l'héritage tenu à cens "qu'il ne s'y puisse percevoir". C'est encore une idée de justice. Nous avons toute une série de coutumes qui disent à peu près la même chose. Puis, dans la coutume d'Orléans, il y a quelque chose d'un peu plus précis. L'art. 120 n'était pas très clair dans l'ancienne coutume, il est devenu l'art. 134 plus clair de la nouvelle coutume. Voici comment il s'exprime: "Si aucun "détenteur d'héritage ci-devant baillé à cens ou rente, "veut renoncer à la tenure du dit héritage, le seigneur "censier ne le peut refuser pourvu qu'il ait payé les "arrérages du dit cens et autres redevances qui sont "dues échues pendant et durant le temps que le dit détenteur aura tenu le dit héritage, à moins qu'il ne "fut preneur ou héritier du preneur, parce qu'en ce cas "il en est tenu personnellement et hypothécairement".

On voit le mélange des deux: il s'agit ici du cens ou de la rente, donc de la censive ou du bail à rente

La coutume
d'Orléans met
sur le même
plan la censi-
ve et le bail
à rente

Pothier commentant cet article nous dit: l'ancienne coutume était moins précise, elle ne s'occupait que du bail à cens et non du bail à rente. Et alors, la jurisprudence avait donné cette interprétation stupéfiante, elle avait déclaré que dans le cas de bail à rente, les héritiers ne seraient pas tenus personnellement, qu'ils ne le seraient que dans le cas de bail à cens, faisant ici un prodige d'interprétation littérale, interprétation littérale que je ne peux pas admettre, ajoute Pothier.

Ici nous voyons le mélange des situations, mélange de contrat et de propriété qui montre qu'on n'a pas cherché à faire une construction doctrinale précise, mais qu'on a plutôt cherché à arriver pratiquement à une solution aussi équitable que possible. En d'autres termes, l'œuvre des glossateurs n'est pas arrivée à faire quelque chose d'absolument net et à donner aux censitaires un droit de propriété très précis et très complet. Nous ne sommes pas arrivés à quelque chose d'autant net que dans le droit romain.

LA SITUATION DES DIFFÉRENTES ESPÈCES DE TENURES JUSQU'A L'EPOQUE DE LA REVOLUTION FRANCAISE.

Il ne peut être question de parler de toutes les tenures. Nous ne ferons qu'un exposé simplement schématique et qui n'aura pas des développements égaux. Après les alleux, nous parlerons des fiefs, des censives, des baux à rente qui sont la division principale dérivée des censives; puis de l'idée que Pothier se faisait de ces tenures féodales.

Les alleux.

Situation particulière en droit public des alleux souverains

Nous ne dirons rien des alleux souverains, comme par exemple le royaume d'Yvetot ou la seigneurie de Mousson-sur-Meuse, parce que, en réalité, ces alleux étaient hors du royaume et comme hors du droit français. De plus, c'est plutôt du droit public que du droit privé, puisque ces alleux étaient souverains. Et c'est même encore plus de l'histoire que du droit, car seci s'explique plus historiquement que juridiquement.

Nous ne parlerons donc que des alleux non souverains qui se trouvent dans le royaume, sont soumis à la juridiction royale et qui devaient payer les impôts royaux le jour où le roi établit un système d'imposition.

Il est inutile d'insister sur une définition de ces alleux, car en réalité, elle est très facile à donner: la définition romaine de la propriété peut convenir ici. Du reste, c'est si vrai, que les textes anciens appelaient le droit romain: "mère des alleux". Au surplus, la définition des alleux ne s'est pas modifiée et ce que nous avons dit déjà sur les alleux peut servir encore maintenant.

La notion d'alleu ne s'est guère modifiée

Dumoulin emploie une définition négative: est alleu ce qui n'est ni fief, ni censive, c'est-à-dire ce qui n'est pas la norme.

Le véritable alleu est celui qui a toujours au système féodal: c'est l'alleu d'origine

L'alleu de concession est un véritable abrègement de fief ou de censive, qui fut interdit lorsque l'aliénation partielle fut interdite.

Nous avons même quelques textes qui sont assez précis pour nous montrer que l'ancienne conception des alleux continue à subsister. Voici par exemple une tabula qui date de 1078 et qui se trouve dans le glossaire de du Cange au mot alleu : "... Une terre est naturellement un alleu lorsqu'elle ne rend aucune espèce de servitude d'aucune sorte à qui que ce soit".

Et Dumoulin, nous donne une définition de l'alleu qui est la même encore : "Est vraiment, proprement et absolument un alleu la terre qui jouit originaliter et perpetuo depuis l'origine, et perpétuellement, sans interruption, de la native liberté du droit naturel, et qui n'est soumise à aucune espèce de servitude ou à aucune espèce de recognition vis-à-vis d'aucune espèce d'homme, quel qu'il soit".

Ce sont des définitions plutôt négatives. Le fief ou la tenure c'est quelque chose de tellement habituel que même ici, on nous dit que c'est une terre qui ne doit aucune redevance; on définit par l'élimination de ce qui apparaît comme la norme.

Par conséquent, ce sont des définitions générales de l'alleu. En réalité, une seule espèce d'alleux convient proprement et vraiment à l'idée qui s'attache à l'alleu: l'alleu c'est la terre qui est restée soumise au régime romain, c'est la terre qui n'est pas tombée dans le système féodal, et par conséquent, le véritable alleu c'est l'alleu d'origine. Et on pourrait en un certain sens du mot dire: il n'y a qu'un alleu véritable, l'alleu d'origine.

Mais les commentateurs ont connu deux autres espèces d'alleux: les alleux de concession et les alleux de prescription.

Qu'était-ce que les alleux de concession ? C'était des tenures féodales qui avaient été cédées par le détenteur, par le vassal qui tenait la tenure ou par le censitaire qui tenait le cens, qui était remise par ces individus à un tiers, en pleine propriété, en le débarassant de toutes les obligations qui pouvaient peser sur cette tenure.

Cette concession d'une tenure, que le fait de la part de quelqu'un qui a reçu une terre chargée de reterdite.

devances, le fait de sa part de donner ensuite cette terre ou une partie de cette terre à quelqu'un sans redevances, c'est faire une aliénation partielle du fief. C'est un abrègement de fief, c'est donc quelque chose qui a été permis aussi longtemps que les aliénations partielles de fiefs ou de censives n'ont pas été défendues. Mais c'est quelque chose qui est devenu beaucoup plus compliqué le jour où les aliénations partielles de fiefs ou de censives ont été interdites sans l'autorisation de tous les seigneurs.

Jusqu'au XIII^e siècle l'alleu peut être concédé

L'alleu concédé aux églises : alleu en franchises aumônes

L'alleu de franche aumône fut interdit comme abrègement de fief, et comme donation à un établissement de mainmorte.

Danger de l'établissement de mainmorte : pas de perception du relief

A l'origine jusqu'à l'époque du XIII^e siècle environ, jusqu'à l'époque où les aliénations partielles ont été interdites, ces constitutions d'alleux ont pu se produire, peut-être même d'une façon assez fréquente. On a pu faire de ces concessions à des particuliers donner en alleu une terre qui jusque-là n'était pas alleu, par abrègement de fief. On a pu également donner ainsi en alleux par abrègement de fiefs ou de censives des terres aux églises, et ceci a dû être surtout fréquent dans des donations faites aux églises. Ces terres ainsi données aux églises s'appelaient des franchises aumônes, et nous avons des formules de concessions en alleux en franchises aumônes faites ainsi à des églises. Voici par exemple une charte de 1160 qui se trouve dans le cartulaire de l'abbaye de Marchiennes dans le nord : "Moi, Simon, je fais savoir à tous présents et futurs que telle terre située dans le territoire de.... que je tiens et qui me vient en fief, moi et mon fils Egitus, nous la donnons en aumône à l'église de Marchiennes, émancipée et libre de toute redevance, et libre de toute justice séculaire. Nous la donnons pour que l'église de Marchiennes la possède en possession ecclésiastique, perpétuellement et d'après le droit et l'usage des alleux".

Cette formule est extrêmement précise, seulement des concessions comme celles-là ne sont pas restées longtemps possibles. Elles ont été interdites comme abrègement de fief toujours, elles ont été interdites plus encore lorsqu'elles étaient faites à une église, en vertu de la théorie de l'interdiction de concéder des biens de mainmorte en vertu de la théorie de l'abrévement. C'était interdit, bien entendu, encore plus aux églises pour cette raison facile à comprendre que comme les églises ne mouraient pas, les droits de relief qui devaient normalement se payer au décès d'un détenteur de fief n'avaient pas à être payés. Comme l'église n'aliénait pas, les droits de lods et ventes ne pouvaient pas être perçus, par conséquent l'abrévement était encore plus grave lorsque la terre était donnée à une église que lorsqu'elle était donnée à un particulier.

L'autorisation de tous les seigneurs successifs est requise pour la concession d'alleu

Finalement on a réglementé la chose et on a décidé que ces abrégements de fiefs, que ces concessions en alleux faites à des particuliers ou à des églises ne pourraient se faire qu'avec l'autorisation de tous les seigneurs successifs. C'est ce que nous avons dit en parlant des aliénations partielles jusqu'au baron inclusivement. Et puis, au XIVème siècle, on a décidé qu'il faudrait l'autorisation de trois seigneurs et du roi.

Donc, à partir de cette époque, vous voyez que les constitutions d'alleux sont devenues beaucoup plus difficiles, et il y a eu très peu d'alleux de concession.

X
L'alleu en franche aumône est modifié: il devient une tenure, le donateur conservant un droit de patronage.

Quant aux franchises aumônes dont je vous parlais tout à l'heure, qui sont après tout des constitutions d'alleux au profit des églises, on a même fini par en changer complètement le caractère. Ces franchises aumônes ont cessé d'être des alleux pour devenir une tenure d'une nature particulière.

En effet, lorsque l'on faisait une concession en franchises aumônes, lorsqu'on donnait un fief à une église, après avoir payé les différents droits d'amortissement, et après avoir ainsi obtenu la libération pour l'église qui recevait le fief, la permission de ne plus payer les redevances diverses qui pouvaient être dues par la terre, celui qui donnait se réservait le droit de patronage. Par conséquent, il restait encore une certaine servitude réelle sur la terre, droit de patronage qui faisait que cette terre ecclésiastique n'était pas tout à fait un alleu, elle était une tenure puisqu'elle devait l'observation de ce droit de patronage.

La tenure en franche aumône perd ses caractères lorsqu'elle sort du domaine de l'église

Ensuite et surtout, on a décidé que lorsqu'une terre remise à une église en franche aumône sortait des mains de cette église pour une raison quelconque, elle retombait dans sa situation primitive, elle redélevait les redevances, les cens recognitifs, les servitudes, les hommages qu'elle avait pu devoir avant qu'elle n'ait été donnée en franche aumône. C'était donc quelque chose de tout à fait nouveau, et on a fini par dire que ces terres données en franchises aumônes n'étaient pas des alleux, que ce n'étaient même pas des terres immunisées des obligations féodales ou censitaires, c'étaient des terres féodales, des censives ou des tenures qui appartenaient, qui étaient possédées par une église, laquelle jouissait d'une immunité personnelle. Ce n'était pas la terre qui était libérée, c'était l'église propriétaire de cette terre qui, personnellement n'était pas tenue aux obligations de cette terre.

Donc, la franche aumône reste un fief ou une

La franche aumône n'a ses caractères qu'en vertu d'un privilège personnel de l'église tenancière

censive virtuellement tenue des obligations féodales ordinaires, mais dont le détenteur provisoire, qui durera peut-être indéfiniment du reste - dont l'église qui le détient - est dispensée par un privilège personnel. Voilà la théorie d'Henrion de Pansé, théorie qui n'a été formulée avec cette clarté que par lui, par conséquent en 1789. Vous voyez qu'on n'est arrivés qu'à cette époque à essayer de voir ce que c'était que cette franche aumône qui était quelque chose de sui generis jusque-là.

De ce qui précède il résulte que les alleux de concession ne pouvaient être qu'assez rares.

Les alleux de prescription.

La terre peut devenir alleu par prescription extinctive des obligations.

Contradiction avec la théorie de l'imprécisabilité du domaine direct.

Les alleux de prescription étaient des tenures qui, par prescription, étaient libérées de leurs obligations, parce qu'il y avait longtemps qu'on ne les payait plus

Il y a contradiction entre le concept d'alleu de prescription et la théorie d'après laquelle le domaine direct est imprescriptible. Il y a contradiction absolue entre ces deux conceptions. Et, dans ces conditions-là, arriver à définir ce que c'est que l'alleu de prescription devient très malaisé.

Il serait en particulier important de savoir ce qu'était cette prescription qui libérait la tenure et en faisait un alleu. Était-ce une prescription acquisitive ? Était-ce une prescription extinctive ?

Était-ce une simple présomption ? Les textes sur ce point et les auteurs n'ont pas été très précis. Ce n'était guère, je crois une prescription acquisitive, c'était plutôt une prescription extinctive. Du reste,

ce qui le fait penser, c'est qu'un très grand nombre d'auteurs, le plus grand nombre d'auteurs et coutumes admettent la prescription de trente ou quarante ans, prescription extinctive. Mais d'autre part, il y a certainement des auteurs pour lesquels cette prescri-

ption était plutôt une présomption de liberté qu'une véritable prescription de redevances. Certains auteurs en effet parlaient d'une possession d'état centenaire. Or, cette possession d'état centenaire qui dépasse

les délais, par conséquent de la possession emphytéotique, semble bien devoir être dans la pensée de ceux qui l'ont formulée une espèce de présomption de liberté. Seulement, ils n'ont pas pu aller très loin dans cette idée de présomption de liberté, parce que cette construction qui aurait été effectivement la plus fa-

cile à faire, la plus claire, la moins difficile à concilier avec le principe de l'imprécisabilité de la directe seigneuriale, se heurtait elle-même à la présomption assez généralement acceptée: nulle terre

Généralement on admet la prescription extinctive de 30 ou 40 ans, parfois la présomption de liberté (prescription centenaire)

Contradiction avec la présomption
Source : BNU Cujas

tion: nulle
terre sans
seigneur

Rareté en pra-
tique de l'alle-
au de pres-
cription pour
les fiefs.

Pour les censi-
ves, plusieurs
coutumes admet-
tent que les
obligations s'é-
teignent par
prescription

L'alleu rotu-
rier est pos-
sible. L'alleu
noble est ex-
ceptionnel

Certains al-
leux ont la
justice

sans seigneur, avec cette présomption dont je vous parlerai plus tard d'après laquelle toutes les terres sauf preuve contraire, doivent être considérées comme était des tenures féodales et non pas des alleux.

Alors ce principe qui apparaît gêne la théorie de la présomption. Vous comprenez ce heurt entre les deux idées, cette impossibilité par conséquent d'arriver à quelque chose de bien précis.

D'autre part, il y avait une raison pour que les fiefs deviennent assez rarement et très difficilement des alleux de prescription. C'est parce que, presque toujours, si on avait voulu arriver à ces prescriptions des obligations et redevances on serait tombé sur une commise quelconque. Par conséquent, c'était très difficile à réaliser, pratiquement à peu près impossible.

Pour les censives, c'était possible dans beaucoup de coutumes, parce qu'il y avait un certain nombre de coutumes qui expressément, par un article net de la coutume rédigée, admettaient la prescriptibilité du cens. Alors évidemment, avec un cens recognitif prescriptible on pouvait arriver à l'alleu de prescription. Les coutumes qui l'admettaient sont assez nombreuses. Par exemple, il y a des articles formels pour admettre la prescriptibilité du cens dans les coutumes du Bocage, de l'Auvergne, de la Haute-Marche, de la Lorraine et du Barrois. Il y a même quelques coutumes comme celles de Causse ou d'Epinal qui admettent que le cens est rachetable, ou échangeable. On peut racheter le cens en donnant de l'argent, ou on peut aussi obtenir d'échanger une terre libre de redevances contre une autre terre qui devait le cens recognitif et qui se trouvera par cet échange libérée et transformée en alleu.

L'alleu roturier de prescription est donc possible; l'alleu noble de prescription est bien plus difficilement réalisable.

D'autre part, dans la conception origininaire de l'alleu on peut aussi bien concevoir l'alleu avec justice que l'alleu sans justice. On peut parfaitement avoir une terre allodiale dont le propriétaire a réussi, ou par concession d'immunité ou par prescription à avoir la justice sur sa terre. Ceci est évidemment parfaitement possible, et il est non moins possible que nous ayons des alleux qui n'aient jamais réussi à conquérir la justice, qui aient été toujours soumis à la juridiction du justicier quelconque, roi ou baron.

Il est inutile maintenant de montrer comment les alleux ont été réglementés et comment on a cherché

progressivement à diminuer le nombre des alleux ou même à supprimer les alleux.

Pourquoi et comment a-t-on combattu l'existence des alleux, l'institution allodiale ? Bien entendu, pendant un temps très prolongé, jusqu'au XIII^e siècle, on ne s'est pas occupé des alleux. Le législateur dans le sens le plus large du mot ne s'en est pas occupé. Il y a bien quelques dispositions de Charlemagne, mais c'est tout à fait spécial à certaines fraudes qui pouvaient s'accomplir. Charlemagne signale cette hypothèse : lorsque quelqu'un avait reçu une terre en bénéfice, il cérait cette tenure en pleine propriété à un tiers ; ce tiers ensuite la loi recédait en pleine propriété et il avait un titre pour avoir une terre libre de tout. Mais c'était là une fraude, Charlemagne l'a défendue, mais ce n'est pas là réglementer les alleux.

Disposition spéciale de Charlemagne visant la fraude, et non l'alleu en lui-même

L'alleu apparaît comme une anomalie juridique, dans un monde où on connaît que la vestitura et l'usus

On essaie de définir l'alleu par comparaison avec la tenure. On n'a plus le concept de propriété

Seulement, ensuite, bien entendu, les alleux sont devenus extrêmement rares. Et vous voyez les raisons extrêmement nombreuses pour que les alleux disparaissent. En fait, donc les alleux deviennent très rares. De plus, les alleux apparaissent en droit comme quelque chose d'assez surprenant, on a perdu le concept de propriété, on est habitué simplement à voir des vestitura, des saisines, des droits sur une terre, des usus d'une terre, on a perdu l'habitude de s'occuper de quelque chose de supérieur à l'usus. On a tellement perdu l'idée de propriété qu'on est devenu incapable de donner une définition de l'alleu. Je vous le disais tout à l'heure, à propos de nos textes de Dumoulin. Dumoulin l'a défini par contradiction, il dit ce que l'alleu n'est pas plutôt qu'il dit que l'alleu est une propriété. Et d'autre part, il y a toute une série de textes qui définissent l'alleu de la façon suivante : c'est une terre sur laquelle quelqu'un possède en même temps le domaine direct et le domaine utile. Et d'autres auteurs disent : l'alleu c'est un fief affranchi. Ceci montre qu'il n'y a plus de définition de l'alleu, il n'y a plus le concept de la propriété. Et il faut bien reconnaître que l'alleu lui-même est soumis à certaines obligations qui le mettent dans une situation assez voisine de celle du fief ou de la censive.

L'alleu est d'ailleurs soumis à certaines redevances : en cas de déshérence ou de confiscation il passe au seigneur jusqu'à BIU Cujas

Le fief ou la censive, qu'est-ce que c'est ? La censive déjà, le fief plus tard, c'est une propriété, nous dit-on soumise à certaines redevances. Je vous ai donné cette définition, je vous ai dit que couramment on parlait de la censive comme d'une propriété. Tout à l'heure, je vous ai cité un texte de Beaumanoir dans lequel on nous disait qu'il était défendu d'abimer son héritage. Par conséquent, c'est un héritage

tenu à certaines redevances. Eh bien, l'alleu c'est un héritage tenu aussi à certaines redevances, car après tout l'alleu, en cas de déshérence ou de confiscation passait au seigneur justicier. Ce n'était pas un domaine direct, c'était un droit de justice; en cas de confiscation, il passait au seigneur justicier. Droit de justice sans doute et pas droit de propriété, mais quelle différence réelle y a-t-il entre les deux? D'autant plus que ces droits de déshérence, en particulier ces droits d'aubaine ont appartenu d'abord au seigneur féodal, et ce n'est qu'au XIII^e siècle que c'est passé au seigneur justicier. Ce fut une partie du domaine direct avant de devenir un droit de justice.

Normalement pour aliéner l'alleu il fallait obtenir l'ensaisinement du justicier

Ensuite, dans beaucoup de coutumes, des coutumes du nord en particulier, pour faire une aliénation d'alleu on pratiquait le système de l'ensaisinement par le seigneur justicier comme en matière de censive. Sur ce point, il y a des dispositions précises dans un certain nombre de coutumes: coutumes de Reims, de Hainaut, même quelque chose d'analogique dans la coutume de Paris (art. 132) qui disait qu'on pouvait aliéner un alleu sans passer par le seigneur, mais que le retrait ne pouvait être exercé que lorsque l'aliénation était devenue certaine, évidente, par un ensaisinement seigneurial. Et il y a du reste sur ce point une disposition de la Somme Rurale (I, 24), de laquelle il ressort que normalement l'ensaisinement devait être fait par le seigneur bien qu'il ajoute: qu'on pourrait réaliser l'aliénation en se passant du seigneur et en faisant un ensaisinement devant le notaire.

Comment dans ces conditions aurait-on fait une distinction bien nette entre l'alleu d'une part, le fief ou la censive d'autre part? La confusion était presque inévitable.

Et de plus, au XIII^e siècle, on a essayé de s'expliquer, de systématiser ce qui existait. C'est l'époque où on a essayé de définir la royauté, de séparer le pouvoir royal des pouvoirs seigneuriaux. C'est l'époque, où, par exemple, on a dit que le roi ne pouvait pas être vassal. C'est l'époque aussi où on a essayé de systématiser le régime de justice seigneuriale et où on a dit que toutes les justices devaient être considérées comme tenues en fiefs du roi. Pourquoi ne pas faire la même chose pour les terres? Pourquoi n'y aurait-il pas eu cet effort de systématisation au profit du roi ou au profit des grands barons qui avaient un pouvoir régalien sur leurs domaines à eux? C'était presque inévitable, et Beaumanoir l'a fait.

Voici, par exemple, ce que nous dit Beaumanoir

Pour Beaumanoir toutes les terres dépendent du comte.

(chap. 688) dans la coutume de Beauvaisis: "Quand le sire ne voit aucun de ses sujets tenir héritage duquel il ne rend à personne, cens, rente, ou redevance, ce, le seigneur peut jeter les mains et tenir cette terre comme sienne propre, car selon notre coutume, personne ne peut tenir l'alleu". Et puis ensuite, Beaumanoir continue et il s'occupe de la difficulté qui pourrait se produire si un seigneur féodal soumis au comte faisait lui-même cette saisie, disant que le fief dépend de lui, et Beaumanoir nous dit: "Dans ce cas là on plaidera, on s'occupera de savoir si effectivement ce baron avait cette terre dans sa dépendance, et s'il ne l'avait pas dans sa dépendance, eh bien, le comte prononcera cette saisie". Et Beaumanoir ajoute en terminant: "Et par conséquent, je loue bien ceux qui en telle manière tiennent en alleux, que avant que le comte y mette les mains viennent spontanément faire au comte hommage ou rendre une redevance au gré du comte, car en ce cas s'ils font ainsi, ils ne devront pas perdre la terre, et ainsi ils doivent l'avoir à bon gré, quand ils éclairciront les choses, quand ils auront fait cette redevance et devront cette terre que leurs ancêtres tenaient hortement" (c'est-à-dire illicitemen).

Vous voyez donc que pour Beaumanoir le principe est très net. Il systématisé, il essaye de voir clair dans les pouvoirs du comte, il dit que toutes les terres dépendent du comte.

En Angleterre toute terre est sujette du roi

Pour des raisons fiscale le roi prétend être seigneur des alleux

Même principe en Angleterre à l'époque de Beaumanoir, où Bracton écrivait: "La terre du roi est la seule qui ne soit soumise à personne car elle ne relève que du Dieu tout puissant". Et vous savez qu'en Angleterre, effectivement, la propriété pleine et entière a disparu.

Mais il y avait encore d'autres raisons que des raisons de principe pour que l'alleu disparaisse. Il ne faut pas oublier que les rois avaient besoin d'argent ainsi que les barons, que d'autre part, pendant très longtemps on n'a pas admis les ressources extraordinaires, on n'a pas admis les impositions. Le roi ne pouvait se procurer des ressources que par les revenus de son domaine. Et alors, tirer jusqu'au bout le principe féodal, dire que toutes les terres doivent lui être soumises, doivent lui payer des droits d'amortissement ou de franc-fief, comme c'est tentant ! Comme c'est tentant quand cela n'est pas manifestement contraire à un principe juridique !

Au XVIII^e siècle et par des explications diverses, pénètre

Il y a encore eu d'autres raisons, tardives celles-là. Mais au XVIII^e siècle, vous savez quelle idée on se faisait de la conquête par les Francs. Vous savez que l'on estimait que les nobles étaient les

partout la théorie de la direction universelle descendans des Francs parce qu'ils étaient les conquis, et que les roturiers étaient les descendants des Gaulois, d'anciens serfs, parce qu'ils avaient été asservis au moment de la conquête. De sorte que d'après certains individus comme de Frémartinville qui avait des raisons de métier d'être défavorable aux alleux puisqu'il avait pour métier d'essayer de refaire des terres au profit du seigneur, on pensait que toutes les terres ont été prises par le roi et distribuées par le roi, si bien que l'alleu ne peut pas exister, dit-il, historiquement il ne le peut pas, il ne peut être qu'un alleu de concession. D'autres disaient quelque chose d'un peu voisin, ils disaient que toutes les terres avaient été des terres asservies, que les terres romaines étaient des tenures, des censives, puisque les terres romaines payaient l'impôt, et que par conséquent, seules les terres prises par les Francs qui ne payaient pas l'impôt étaient devenues des alleux, l'alleu étant une exception. Il y a même des auteurs qui parlent du domaine direct de l'empereur romain. L'empereur romain avait un domaine direct puisqu'il percevait l'impôt.

La façon dont la théorie de cette directe universelle pénètre et s'imposer permet de dire que s'il n'y avait pas une renaissance du droit romain, si on avait suivi la pente, le chemin auquel menaient des conceptions féodales, l'alleu aurait disparu d'une façon complète et totale.

En réalité, cette histoire de l'alleu est l'histoire de la lutte d'une présomption féodale, d'asservissement, contre une présomption romaine de liberté. Il est très difficile de dire quelle a été la tendance doctrinale dominante pendant la période des XVème et XVIème siècles. Dumoulin, par exemple, qui représente peut-être l'opinion la plus moyenne nous dit : lorsqu'une terre qui se prétend allodiale se trouve dans les environs, dans la région où domine un seigneur foncier, cette terre jusqu'à preuve contraire, devra être tenue pour censive, elle devra sauf titre, payer les cens que payent généralement les terres voisines. Si au contraire cette terre se trouve éloignée de toute terre entrée dans le système féodal, on la présumera allodiale.

Il y a donc eu une lutte des alleux, c'est-à-dire une tendance à combattre, à détruire les alleux, mais, en même temps une tendance à défendre et conserver les alleux. Ce sont les phases de cette lutte que nous indiquerons dans trois parties en exposant :

d'abord dans une 1ère partie, suivant un ordre

chronologique, des premiers efforts faits par la royaute et par les barons pour réduire le nombre des alleux, à propos de la question de l'amortissement et de la question du franc-fief.

Dans une 2ème partie, de la lutte plus vive qui a été soutenue par les seigneurs en dehors de la royaute contre les alleux, à l'époque de la rédaction officielle des coutumes.

Dans une 3ème partie, de la théorie de la directe royale universelle qui s'est répandue particulièrement aux XVIIème et XVIIIème siècles et qui, si le roi avait laissé faire les juristes serait arrivée à la suppression complète et totale de toute espèce d'alleux.

Ière Partie - Lutte contre les alleux pendant les XIIIème et XIVème siècles, à l'occasion des droits d'amortissement et de franc-fief.

L'église ne "mourant" pas, ne peut payer le droit de relief
L'église ne vend jamais donc ne paie pas de droits de lods et ventes
Préjudice qui en résulte pour les seigneurs, c'est un véritable abrègement du fief.

Première solution: l'église doit se déssaisir dans l'an-

ou obtenir l'assentiment des seigneurs et payer l'amortissement

Le droit d'amortissement est quelque chose qui, évidemment, apparaissait comme parfaitement juste, et que nous ne ferons que signaler. Lorsqu'une tenure féodale, fief ou censive, étaient donnée à une église ou à un ordre religieux, cette église ou cet ordre religieux qui ne mourait pas, ne pouvait pas payer le droit de relief. D'autre part, cette église ou cet ordre religieux qui ne vendait pas n'avait pas l'occasion de payer les droits de lods et vente, si bien que pour un seigneur supérieur, le fait de la part d'un vassal ou d'un censitaire de donner sa tenure à une église équivalait pour eux à une perte, un diminution de leurs fiefs à eux-mêmes, de leurs tenures à eux-mêmes, de leurs droits à eux-mêmes. Cela constituait pour eux quelque chose de comparable à l'abrégement de fief. Il était tout naturel que ces hommes là ne puissent tolérer que l'on donne un fief à une église. En réalité, c'était faire un cadeau avec quelque chose qui pour une part leur appartenait à eux-mêmes.

Dans ces conditions-là, on a d'abord décidé qu'on pourrait donner des tenures aux églises, mais qu'elles seraient obligées de les remettre en vente dans l'année, de façon à ce qu'elles passent à un homme vivant et mourant qui devrait, lui, payer normalement tous ces droits de relief, de lods et vente. Donc, obligation de les faire rentrer dans le commerce, ou alors obligation d'obtenir contre argent l'assentiment de tous les seigneurs successifs, obligation de payer un droit d'amortissement.

Il était tout naturel et légitime d'exiger ce droit d'amortissement lorsqu'il s'agissait d'une

tenure, d'un fief ou d'une censive.

Pourquoi les seigneurs justiciers réclament un droit d'amortissement pour les alleux: le droit de confiscation et de déshérence attaché à la justice et considéré par eux comme élément du patrimoine disparaît en fait.

Fallait-il exiger un droit analogue lorsqu'il s'agissait de l'alleu ? Juridiquement, non. Non, et voici pourquoi: c'est parce qu'un alleu est la propriété, par définition même, libre, pleine et entière de l'individu, et que par conséquent, il a quelque chose d'absolument contraire aux normes juridiques que de dire que cet individu va perdre le jus abutendi sur la terre sur laquelle il a les trois jura. Cependant, le seigneur justicier (je ne dis pas foncier) en vertu de droits régaliens, de droits de justice (pas de droits féodaux), pouvait tirer parfois des avantages de l'alleu: il pouvait obtenir quelquefois la confiscation en cas de crime, ou il pouvait obtenir en cas de déshérence l'appropriation de cet alleu. Comme les risques de confiscation disparaissaient presque complètement si la terre passait entre les mains d'une église, comme d'autre part, alors les risques de déshérence étaient totalement et absolument supprimés, si la terre passait entre les mains d'une église, il y avait là pour le seigneur justicier une perte pécuniaire. Cette perte pécuniaire, en bonne analyse juridique, on n'aurait pas dû en tenir compte, parce que c'était la perte d'un droit de justice et non pas d'un droit foncier. Mais, il y avait, par suite de la confusion des droits de justice et de propriété, une tendance à considérer qu'il y avait une perte dans quelque chose qui était comme le domaine, le bien, la propriété du seigneur justicier. On pouvait même à la rigueur considérer ce droit de déshérence ou ce droit de confiscation comme un élément de son patrimoine. Il était donc naturel que les barons protestent contre l'aliénation au profit d'églises d'alleux, et qu'ils cherchent à exiger lorsqu'on remettait l'alleu au profit de l'église, un certain droit d'amortissement puisqu'il y avait pour eux la perte d'une possibilité de profit.

L'ordonnance royale de 1264 sur les alleux tranche les difficultés

Cela a donné lieu à des difficultés et à des tiraillements. Le roi, souverain justicier du royaume, est intervenu pour faire régner la paix et pour donner une décision s'imposant à tous et évitant les conflits. La première ordonnance royale en ce sens est de 1275. Dans cette ordonnance le roi tranche les difficultés et il décide : 1°) lorsqu'une aliénation aura été faite au profit d'une église, d'une personne de mainmorte, et que trois seigneurs successifs auront donné leur acquiescement, l'aliénation sera définitive et personne ne pourra plus être inquiété, ni l'église, ni celui qui a aliéné au profit de l'église.

En même temps, 2°) on a décidé que lorsque les aliénations remonteraient à plus de trente ans, il

ne pourrait plus non plus y avoir de question, mais pour les aliénations faites dans les vingt-neuf dernières années, s'il n'y a pas eu assentiment de trois seigneurs successifs, il faudra payer au roi, pour qu'il autorise, la valeur du revenu de deux années si la tenure a été aliénée à titre onéreux, et la valeur de trois années si la tenure a été aliénée à titre gratuit.

Paiement d'un droit d'amortissement pour l'acquisition d'un alleu par un établissement de main-morte

Ceci, jusqu'ici, regarde simplement les tenures, les fiefs ou les censives, mais il y a un article de l'ordonnance qui concerne les alleux et qui décide que les alleux eux aussi devront payer un droit d'amortissement, d'une somme égale à une année de revenus si l'aliénation a eu lieu à titre onéreux et à deux années de revenus si elle a eu lieu à titre gratuit.

Donc, voilà une première mesure qui vise les alleux, qui leur impose dans toute l'étendue du territoire un droit d'amortissement analogue, encore qu'inferieur, à celui qui est dû par les fiefs ou les censives. Voilà donc une première assimilation de l'alleu et de la tenure féodale.

On essaie d'assimiler les alleux à des tenures relevant du roi

Il y a eu ensuite de très nombreuses ordonnances sur le même sujet qui sont venues modifier les tarifs et réglementer cette question. Je n'insiste pas sur ces ordonnances parce que ce serait entrer dans des détails de réglementation. Il suffit de savoir qu'il y a eu à ce point de vue une certaine assimilation entre les tenures féodales et les alleux, qu'il y a eu comme un premier pas fait vers une directe royale universelle.

L'ordonnance de 1275 règle l'acquisition du fief par le roturier, dans l'intérêt de la caste nobiliaire qui se forme et se ferme

Il y a eu ensuite des mesures à propos des droits de franc-fief. A l'origine, anciennement, n'importe qui pouvait acheter un fief et on ne se préoccupait pas de savoir si cet acquéreur était un noble ou un non noble. Progressivement, en particulier à la suite des croisades, il y a eu un enrichissement de certains bourgeois, il y a eu de nouveaux riches, et il y a eu un effort de défense de la caste des vieilles familles pour empêcher ces nouveaux riches de pénétrer dans cette classe. De la sorte une noblesse a été constituée, car une noblesse peut être définie très justement une aristocratie qui se ferme. Et cette noblesse a cherché à empêcher les non nobles d'acquérir des fiefs. Mais, comme ils avaient plus d'argent que les nobles et que c'eut été une catastrophe économique de ne pas leur permettre de les acquérir, il y a eu des marchandages, on les a obligé à payer certains droits de franc-fief. Donc, question qui se complique. Nécessité pour le roi ordonnateur souverain de la justice et de la paix d'intervenir, et l'ordonnance de 1275 traite cette question du franc-fief, mais

sans s'occuper de l'alleu.

Seulement, il faut bien se rendre compte que du moment que pour des raisons de castes, on interdit aux non nobles d'acquérir des fiefs, il est tout à fait naturel d'interdire à ces mêmes non nobles d'acquérir certains alleux de grande importance auxquels est attachée la justice, qui ont derrière eux des vassaux nobles. S'il était donc nécessaire d'interdire aux non nobles l'acquisition de cette catégorie supérieure d'alleux, il n'y avait pas de raison - mondaine, si vous voulez - d'interdire aux non nobles l'acquisition des petits alleux qui étaient des petites terres sans grande importance, sans grandes conséquences, qui ne donnaient pas un rang éminent dans la société à leurs propriétaires. Il fallait donc distinguer les grands alleux auquels était attachée une justice ou bien qui avaient des vassaux ou des censitaires et, d'un autre côté les petits alleux qui n'avaient ni justice ni vassaux, ni censitaires. Pour ceux-là, il n'y avait pas de raison d'empêcher les non nobles de les acquérir.

Petit à petit, comme d'instinct, sans plan pré-établi, il y a eu une série de décisions royales qui sont intervenues et qui ont eu pour résultat de faire que deux catégories d'alleux ont paru: les grands alleux qui ne pouvaient être acquis librement que par des nobles, et les moindres alleux qui pouvaient être acquis librement par des non nobles.

La première intervention royale sur ce point date de 1304. Une décision royale est intervenue à cette époque à propos des habitants de la ville de Béziers qui ont été autorisés à acquérir comme ils l'entendaient, en toute liberté des censives ou des alleux sine justicia, auxquels n'était pas attaché de justice.

Une ordonnance de 1315 est intervenue ensuite et elle a précisé que les roturiers pourraient acquérir librement et sans payer de droits de franc-fief les alleux non magnae rei. Elle a été suivie par toute une série d'ordonnances du même genre.

Grâce à cette série d'ordonnances, constitution de deux catégories d'alleux: les alleux nobles et les alleux roturiers.

Les alleux nobles étaient ceux au profit desquels existait ou bien un justice, ou bien des fiefs qui avaient été inféodés par le propriétaire de l'alleu ou bien des censives qui avaient été concédées par le propriétaire de l'alleu. S'il y avait justice, fiefs ou censives, l'alleu était noble. Et si l'alleu était noble, alors le propriétaire pouvait inféoder ou accésser. Si l'alleu était noble, on y succédait noblement

Le grand alleu
a la justice
Le grand alleu-
tier a des vas-
saux nobles.
Nécessité d'in-
terdire l'achat
d'un grand al-
leu par un ro-
turier, pour
protéger la
noblesse.

Les décisions
royales distin-
guent les
grands et les
petits alleux

Ordonnance de
1304: le rotu-
rier peut acqué-
rir librement
l'alleu auquel
n'est pas atta-
ché de justice

La distinction
définitive: l'al-
leu noble et
l'alleu roturier

L'alleu noble
est celui qui a
justice, fief ou
censive. Il paie
le droit de
franc-fief. Il
est soumis aux

règles nobiliaires de succession par conséquent avec le jeu du privilège de masculinité et du privilège d'ainesse. Enfin, comme cet alleu était noble on faisait payer les droits de franc-fief.

Pour l'alleu roturier règles de succession de droit commun

Quant à l'alleu roturier, c'était celui qui n'avait ni justice, ni fiefs, ni censives. Pour lui, pas de franc-fief, pas de possibilité d'inféoder ou de accenser, mais, d'autre part, partage égal entre tous les enfants d'après les règles du droit commun.

Donc ici, à propos du franc-fief, un certaine réglementation de l'alleu; mais quelque chose aussi qui nous mène vers une directe royale universelle, au moins pour les alleux nobles, mais quelque chose aussi qui a tendance à donner comme une protection légale à l'alleux roturier, lui donner une sorte d'indépendance, reconnue par le roi.

Je n'insiste pas davantage pour le moment sur ce point, nous serons amenés à y faire allusion lorsque je vous parlerai de la directe royale universelle et des derniers efforts contre les alleux.

2ème Partie - La lutte des alleux au moment de la rédaction officielle des coutumes

Lors de la rédaction des coutumes, les seigneurs luttent contre les alleux.

Lutte au sein des assemblées préparant la rédaction

Au moment de la rédaction officielle des coutumes, la lutte contre les alleux a été extrêmement vive. Elle a été menée non pas par le roi, mais par les seigneurs qui avaient, bien entendu, un intérêt péouniaire à dire qu'il n'existaient pas d'alleux, de façon à augmenter d'autant l'étendue de leur domaine direct.

Il y a beaucoup de traces de cette lutte, il y en a même tellement qu'il ne peut être question de les indiquer ici. Le mieux pour se rendre compte de cette lutte contre les alleux est de se reporter aux procès-verbaux de rédaction officielle des coutumes. Dans ces procès-verbaux qui se trouvent tous reproduits au coutumier général de Bourdot de Richebourg, vous verrez que dans un très grand nombre de coutumes il y a eu conflit à cette occasion entre seigneurs et roturiers propriétaires. Les procès verbaux à ce point de vue les plus intéressants seraient peut-être ceux de la rédaction officielle de la coutume de Bretagne et de la rédaction de la coutume de Bourgogne.

Luttes au cours de la réunion des Etats généraux de Blois. Les seigneurs

Mais il n'y a pas eu seulement des luttes au moment de la rédaction même des coutumes, il y a eu d'une façon constante et perpétuelle des luttes de la part des seigneurs, luttes sous des formes diverses. Par exemple, luttes à l'aide de factum, à l'aide de publication d'espèces de tracts qui étaient répandus par eux, évidemment rédigés par des légitimes à leur solde. Luttes aussi aux Etats Généraux, lutte par exemple, aux Etats de Blois de 1576-1577. À ces

demandent de présumer toutes les terres fiefs ou censives

Le Tiers soutient que les seigneurs font disparaître de force les titres d'allodialité

Le clergé reconnaît que des violences ont été faites

Le roi décide de maintenir le statu quo

Ces seigneurs cherchent à établir une confusion entre le seigneur justicier et le seigneur foncier pour l'interprétation de la maxime "nulle terre sans seigneur"

Etats de Blois de 1577 les seigneurs ont demandé à l'autorité royale qu'une ordonnance intervienne décidant que toutes les terres seraient présumées fiefs ou censives, disant qu'on ne pourrait plus nulle part, dans aucune coutume présumer l'allodialité, disant que partout si quelqu'un se prétendait alleutier il devait le prouver contre le seigneur dans le voisinage duquel il se trouvait, et que tous ceux qui ne seraient pas dans le voisinage d'un seigneur devraient à tout le moins être considérés comme des censitaires du roi. Tous les députés de la noblesse de ces Etats généraux ont demandé ce principe de la directe universelle, sauf ceux du Dauphiné; ainsi une seule province a fait exception, je vous dirai tout à l'heure pourquoi.

D'autre part, à ce moment, aux Etats Généraux, le Tiers s'est plaint de ce que la noblesse détruisait les titres de concessions en alleux, et détruisait tous les titres qui pouvaient établir le caractère allodial d'une terre. Ils se sont plaints que des violences étaient commises par des seigneurs pour transformer en terres dépendantes du seigneur toutes les terres communes qui pouvaient exister. Ils se sont plaint que parfois il y ait des violences individuelles pour obliger les paysans à se reconnaître censitaires d'un seigneur et qu'il y ait eu des reconnaissances ainsi obtenues par la violence.

Il est probable que les plaintes du tiers étaient exactes, car le clergé a proposé qu'on considère comme nulles toutes les reconnaissances de censives qui avaient pu se produire dans les seize dernières années.

Et enfin, le roi, lui, a repoussé les prétentions de la noblesse, il a décidé qu'on maintiendrait le statu quo ante; que s'il y avait des procès à ce propos-là, on devrait observer les coutumes existantes; que les officiers royaux devraient se livrer à des enquêtes très attentives.

Cet exemple montre que la lutte contre les alleux a été très vive.

Le principal argument qui était invoqué reposait sur l'interprétation de cette fameuse maxime "nulle terre sans seigneur". Cette maxime qui date du XIII^e siècle signifiait d'abord: nulle terre sans seigneur justicier. Mais ce sens-là on a voulu le fausser et lui faire dire qu'il n'existant pas de terre sans seigneur foncier, ce qui n'est pas du tout la même chose. Et il était très difficile de réaliser cette confusion car en réalité, les auteurs des XVI^e, XVII^e, XVIII^e siècles étaient parfaitement au courant de la chose savaient fort bien distinguer la justice d'une part et la directe foncière d'autre part. Chénon, dans son étude sur les alleux (Histoire des alleux, p.103,104)

a recueilli un nombre considérable de textes juridiques du XVI^e siècle, ou du XVII^e siècle, et qui très nettement font la distinction entre "nulle terre sans seigneur justicier" et "nulle terre sans seigneur foncier", qui montrent parfaitement la différence entre les deux.

Une formule de Dumoulin suffit à prouver cette distinction: "Autre chose la juridiction et la majesté royale, autre chose le dominium directum et le cens recognitif". Rien de plus précis.

Du reste, il y avait encore une autre raison pour qu'on fasse bien nettement la distinction entre seigneur justicier et seigneur foncier, c'est que le droit romain à cette époque étant parfaitement connu, nous arrivons à l'époque de sa grande renaissance en France, à l'époque des Cujas; et on doit faire très

La tendance de l'école romanesque "nul seigneur sans titre". La tendance féodale: "nulle terre sans seigneur". La double interprétation de cette dernière règle

Donc, nous avons trois tendances: "nul seigneur sans titre", présomption d'allodialité; 2°) règle absolue sans aucune exception anti-allodialement: "aucune terre sans seigneur foncier"; et 3°) présomption sauf preuve contraire que la terre n'est pas allodialement et qu'elle a un seigneur foncier.

Ière tendance: "nul seigneur sans titre", donc présomption d'allodialité sauf preuve contraire. Cette première règle "nul seigneur sans titre" est pour nous très facile à comprendre, et il nous semble que ce soit la seule position qui soit juridiquement acceptable et cela pour bien des raisons: d'abord, parce que nous partons de cette idée, qui est juste juridiquement, que quand on veut réclamer quelque chose il faut prouver qu'on a droit à ce quelque chose et que par conséquent la terre doit avoir une position défendeur en face des prétentions demanderesses du seigneur. Ensuite parce que nous partons de cette idée que la terre est naturellement libre parce que nous avons une formation romaine; la raison pour laquelle

cela nous paraît si naturel c'est que nous vivons sous un régime comme celui-là; mais si nous nous transportions par l'esprit au XIII^e siècle, ou simplement en Angleterre, peut-être que cette présomption ne nous apparaîtrait pas du tout comme naturelle. Il faut se méfier de l'ambiance dont on est plus ou moins la victime.

Nul seigneur sans titre: les pays de droit écrit, certaines coutumes du Nord, les coutumes d'Auvergne, Bourgogne etc.....

X

Quoi qu'il en soit, il n'est pas étonnant que le principe "nul seigneur sans titre" ait été universellement accepté dans les pays de droit. Nous avons évidemment là un premier groupe de pays allodiaux, les pays de droit écrit. Nous avons ensuite quelques autres pays qui sont allodiaux, quelques petites coutumes du nord de la France, mais ces petites coutumes du nord de la France sont allodiales tout simplement parce qu'elles ont des chartes de franchise qu'elles ont conservées. Cela s'explique aisément. Puis, il y a une troisième catégorie de pays allodiaux: c'est l'Auvergne, la Bourgogne, le Bourbonnais, la Lorraine et le Barrois, régions également allodiales, et cela c'est plus difficile à expliquer.

Les pays de droit écrit.
Raison historique: le jus italicum soustrait les terres au paiement de l'impôt, donc les rend entièrement libres

Ière catégorie de pays allodiaux : les pays de droit écrit. C'est tout naturel que ces pays de formation et de tradition romaine aient été des pays allodiaux. Il est presque inutile que je l'explique et que j'insiste sur ce point. Je me contenterai de vous dire que vous pourriez sur cette question lire Salvaing, l'usage des fiefs (chap. 53). Salvaing est un auteur dauphinois et en le lisant vous verrez avec quelle netteté il affirme le principe de l'allodialité et la présomption d'allodialité. Il donne du reste des raisons extrêmement fortes. Le premier argument est celui-ci: la terre est naturellement libre. Le deuxième est: le Dauphiné était comme la Lyonnaise, la Narbonnaise, la Provence, des pays de jus italicum, de droit italien, et par conséquent des pays où la terre était tellement libre qu'elle ne devait payer aucune espèce d'impôt. Il insiste beaucoup sur ce jus italicum et il en tire quelque fierté, c'est comme un titre de noblesse pour son pays. Ensuite, autre argument très fort: dans le Dauphiné, l'hommage est prescriptible, quand quelqu'un n'a pas rendu l'hommage et qu'il a conservé sa terre, ses descendants tiendront cette terre sans hommage. Non seulement il y a prescriptibilité vis-à-vis du seigneur, mais même vis-à-vis du roi, et la directe royale elle-même est prescriptible en Dauphiné. Autre argument: l'allodialité du Dauphiné a été reconnue expressément et formellement au moment de la cession du Dauphiné à la France. Il existe, nous

Prescriptibilité de l'hommage et même de la directe royale dans ces pays

dit encore Salvaing une jurisprudence constante au Conseil d'Etat en profit de l'allodialité des terres dauphinoises. Enfin, il cite un édit royal de 1658 qui reconnaît également l'allodialité des terres dauphinoises.

Ce sont les arguments que donne Salvaing. Il aurait pu en ajouter d'autres encore. Il aurait pu parler, par exemple, de cette attitude des seigneurs dauphinois aux Etats de Blois de 1577 qui est elle aussi bien caractéristique. Il aurait pu citer un arrêt de règlement du Parlement de Grenoble du 16 décembre 1649 sur cette question de l'allodialité des terres.

Par conséquent, pour le Dauphiné, il y a une surabondance de preuves du caractère allodial de cette province. Mais on peut en dire autant pour une part, des autres pays de droit écrit. Et de fait les pays de droit écrit ont été tous allodiaux, sauf ceux qui ont été l'objet d'une pénétration nordique: la Guyenne parce que Edouard III d'Angleterre a imposé la non allodialité, et à ce moment là il y a eu une résistance très vive de la ville de Bordeaux, si bien que Bordeaux est resté allodial alors que la Guyenne devait anti-allodiale. La Provence également sous l'action de Charles d'Anjou est devenue anti-allodiale, à l'exception de quelques îlots qui ont réussi à obtenir par un traité de 1257 la reconnaissance de leur caractère allodial, ce fut le cas de l'île de Camargue, d'Arles, d'Aix et de Marseille.

D'autre part Galland (cela montre avec quel acharnement on a lutté contre l'allodialité) en 1629, a essayé de dire qu'Albi, Carcassonne et Béziers étaient des pays anti-allodiaux et il s'appuyait sur cet argument que Simon de Montfort en 1212 avait interdit les alleux et que cette coutume a été appliquée pendant huit ans de 1212 à 1220. Bien entendu, la théorie de Galland n'est pas très probante, mais c'est tout de même caractéristique de ses efforts et cela aide à vous montrer que c'est bien grâce à une action de la féodalité du nord que certains pays du midi ont perdu leur caractère allodial.

D'autre part, quelques très rares coutumes locales du nord ont été allodiales: Tournais, parce que, en 1187 une charte de franchise lui a accordé ce caractère allodial. Saint-Quentin, parce que une charte de 1195 a fait la même chose. Du reste, ce ne sont pas les seuls pays qui aient obtenu des chartes constatant l'allodialité, on pourrait en citer d'autres; mais c'étaient des pays eux-mêmes non anti-allodiaux.

Ce qui devient plus curieux, c'est la masse des coutumes du centre-est qui sont allodiales. Nous avons une masse allodiale qui se compose des provinces sui-

Exception pour la Guyenne soumise depuis Edouard III au principe de non-allodialité

Coutumes du Nord à caractère allodial

Les provinces allodiales du centre-est

vantes: l'Auvergne, la Marche, le Bourbonnais, le Nivernais, l'Auxerrois, la Bourgogne, la Franche-Comté, Sens, Troyes, Chaumont, Vitry, Chalons, et puis la Lorraine et le Barrois; ainsi que les quelques coutumes locales qui sont incluses dans le détroit de Lorraine.

Dans ces derniers pays le droit romain est droit supplétif et les coutumes sont romanisées

Les coutumes admettant le servage sont allodiales

En Champagne la présomption d'allodialité est obtenue grâce au système de la jurée; l'alleutier doit payer un droit

Pourquoi ces pays sont-ils allodiaux ? Influence du droit romain ? C'est possible, parce que le droit romain était en effet le droit supplétif en Bourgogne et en Franche-Comté, c'est-à-dire le droit qu'on appliquait dans le silence des coutumes. D'autre part, évidemment l'Auvergne avait pas mal de parties qui étaient des régions de droit écrit, il y avait un mélange.

Donc, nous voyons que nous avons une certaine pénétration du droit romain. Mais il y a autre chose qui est surprenant c'est que toutes les coutumes qui étaient encore de mainmorte en 1789, c'est-à-dire qui admettaient encore le servage, étaient en même temps parmi ces pays allodiaux. Voici la liste des neuf coutumes de mainmorte encore en 1789: Auvergne, Marche, Bourbonnais, Nivernais, Bourgogne, France-Comté, Troyes, Chaumont, Vitry. Note d'autre part qu'il restait encore pas mal de serfs en Lorraine et en Barrois. Il y a là quelque chose d'un peu surprenant, et Henrion de Pansey qui a écrit ses "Dissertations féodales" en 1789 note par deux fois, au tome II, p. 162, 163, puis au tome I, à propos de l'alleu, cette concordance. Il nous dit: il est surprenant de constater que les pays d'alleux sont en même temps de pays de mainmorte. Pourquoi ? Il essaie une explication qui est évidemment inacceptable. Il nous dit : c'est probablement parce que, au moment des Croisades les seigneurs de ces régions de mainmorte ont été ceux qui en même temps ont fait le plus d'abrégements de fiefs et transformé des fiefs en alleux ou des censives en alleux pour se faire de l'argent au moment des Croisades. Explication évidemment inacceptable.

D'autre part, dans les procès-verbaux de la coutume de Champagne, les roturiers qui demandaient, bien entendu, qu'on maintienne l'allodialité contre les nobles qui demandaient le contraire, les arguments invoqués ont été ceuxci: 1°) infertilité de la terre champenoise et impossibilité, par conséquent, pour elle, de rester cultivable si on lui imposait encore un cens; 2°) extension des bourgeois de jurée, c'est-à-dire des individus d'abord serfs et qui étaient devenus libres à la condition de payer personnellement deux deniers par an pour leurs meubles, quatre deniers par an pour les immeubles. Par conséquent, nous avons ici par ce système de la jurée un affranchissement de la terre avec une sorte, non pas de servitude, mais de

maintien de quelques obligations sur la personne, une espèce de libération de la terre et de non libération de la personne, une espèce de servitude qui ne portera plus sur la terre mais sur la tête. C'est en invoquant cette jurée qu'ils ont demandé et obtenu la présomption d'allodialité en Champagne.

On peut lire dans le procès-verbal de la rédaction de la coutume de Champagne: "Et la coutume de "franc alleu n'a pas été introduite sans grande charge, elle n'a pas été observée sans une cause raisonnable, car comme il a été dit dessus, les habitants du "bailliage eu des anciens ressorts qui ne sont pas nobles ou privilégiés ou de condition serve sont tenus "et redevables chaque année à cause de leur franc alleu "de payer au roi ou au seigneur ayant droit régalien "quatre deniers tournoi de prix et valeur de leur héritage en quelque justice qu'ils soient assis, et deux "deniers tournoi aussi pour leurs biens meubles, etc.."

Donc, d'après cette coutume champenoise, il y aurait eu une relation entre le caractère allodial des terres et une libération de mainmorte.

D'autre part, on peut constater que d'une façon générale ces pays là admettaient le servage du meix, car le seul fait de demeurer sur un meix entraînait le servage, et ils admettaient en général la servitude de prescription? Enfin en Bourgogne on admettait la noblesse maternelle. Voici dès lors l'hypothèse suggérée par M. Grandclaude, sans du reste qu'il la garantisse: noblesse maternelle et allodialité des terres n'auraient-elles pas été deux procédés employés dans ces régions pour empêcher l'excès d'extension du servage dans ces pays où naturellement, à cause du régime du meix, les manants devenaient plus aisément serfs qu'ailleurs ? Sans rien affirmer, il est certain que nous avons là un flot, Bourgogne, Lorraine, pays qui sont allodiaux, alors que tous les autres pays de droit coutumier sont anti-allodiaux. Il doit bien y avoir une raison pour cela.

Remarquons que parmi ces coutumes allodiales de pays coutumiers, certaines sont extrêmement précises et formelles pour affirmer le caractère allodial de leur pays. C'est le cas de Troyes, Chaumont, Metz, Verdun, Laon, Auxerre et Nivernais. Voici comment s'exprime l'art. 51 de la coutume de Troyes: "Tout "héritage est réputé franc alleu qui ne le montre "être serf et redevable d'aucune charge, même s'il "est assis en justice d'autrui et s'il n'a aucun titre". Les autres coutumes de cette région n'ont pas des formules aussi précises pour affirmer l'allodialité, mais elle ressort ou des témoignages des commen-tateurs, ou de la jurisprudence ou d'un certain nombre

de dispositions, comme par exemple la prescriptibilité du cens, qui sont incompatibles avec le principe anti-allodial.

Les coutumes anti-allodiales.

Les deux catégories de coutumes anti-allodiales, présomption 1) absolue, 2°) simple de non-allodialité

Ces coutumes se subdivisent en deux sections: celles qui écartent d'une façon absolue l'allodialité et qui ne l'admettent dans aucun cas, qui ne reconnaissent plus l'alleu d'origine que l'alleu de concession; d'autre part les coutumes anti-allodiales qui tout en n'admettant pas l'alleu d'origine, reconnaissent la possibilité d'existence de certains alleux d'affranchissement, et par conséquent admettent qu'il est possible de voir des alleux exister si on prouve que telle terre est allodiale. Donc, présomption absolue, irréfragable de non allodialité ou présomption simple de non allodialité.

Si les coutumes anti-allodiales sont nombreuses en France, quatre seulement sont absolument anti-allodiales; la coutume de Senlis, celle du Boulonnais, celle de Blois et celle de Bretagne. Toutes ces coutumes ont des dispositions précises pour écarter l'allodialité et pour dire qu'aucune terre ne peut exister sans avoir un seigneur. Nulle terre sans seigneur, dans le sens le plus strict du mot.

La coutume de Bretagne admet la présomption irréfragable

La plus précise peut-être de toutes ces coutumes est la coutume de Bretagne. Elle a des dispositions qui sont extrêmement nettes et extrêmement fermes sur ce point. L'art. 224 de l'ancienne coutume, de la première coutume rédigée, la coutume de 1440 s'exprime en ces termes: "homme ne peut tenir terre sans seigneur". D'autre part, la nouvelle coutume de 1539 n'a pas de disposition sur l'allodialité, mais d'Argentré le grand juriste breton s'exprime en ces termes: "Il est de vérité banale que tout domaine, toute possession pour tout possesseur et quelle que soit sa provenance sont toujours tenus en fiefs, ce que l'ancienne coutume avait exprimé en l'art. 224: homme ne peut tenir terre sans seigneur. Il est étonnant que lors de la réformation, on ait omis cet article qui entraîne de nombreuses conséquences. On n'aurait pas dû l'omettre parce qu'il est vrai et appliqué en fait actuellement".

Vous voyez comme c'est précis, et alors dans la rédaction de 1580 deuxième réformation, l'art. 328 s'exprime ainsi: "Nul ne peut tenir terre en Bretagne sans seigneur parce qu'il n'y a aucun franc-alleu en celui pays".

Nous avons des dispositions analogues dans la coutume de Senlis. Ceci n'est pas pour vous étonner,

puisque déjà Beaumanoir posait le principe anti-allodial de la façon la plus nette.

Cependant il y a une réaction contre cette règle qui semble excessive. Le roi pourrait faire un alleu même dans ces coutumes

Cependant, ces coutumes étaient peu nombreuses, et il y avait comme une sorte de résistance de l'opinion contre une règle aussi brutale. Hervé prétend qu'il faut admettre dans ces coutumes la possibilité d'alleux par concession expresse du roi. Certainement Hervé se trompe. D'abord, il va contre les termes si précis de ces coutumes dont j'ai parlé tout à l'heure, et d'autre part, en prétendant que au XVIII^e siècle, le roi peut faire un alleu avec des fiefs (car ce serait le cas pour la Bretagne), il se heurterait au principe de l'inaliénabilité du domaine. Donc le raisonnement d'Hervé ne peut pas tenir, il a certainement tort, mais il marque cette espèce d'hésitation à aller jusqu'au bout dans le principe anti-allodial.

D'autre part, Duplessis prétendait que même dans ces pays anti-allodiaux, il aurait fallu admettre l'alleu si on pouvait prouver le titre primitif de l'alleu. Cela n'est guère plus acceptable.

Par conséquent, il faut bien reconnaître qu'il y a eu des coutumes dans les détroits desquelles l'existence d'un alleu était absolument impossible; mais ces coutumes n'ont pas été très nombreuses.

Voyons maintenant les pays dans lesquels il n'existe pas d'alleux sans titre, dans lesquels il était indispensable de prouver le caractère allodial des terres parce qu'on faisait jouer non comme une règle absolue mais comme une présomption la maxime, nulle terre sans seigneur. Ces pays, on les a appelés les pays censuels, c'est-à-dire pays qui admettaient la présomption de cens recognitif.

Mais comment faut-il interpréter la règle "nulle terre sans seigneur" ?

Quand Dumoulin parle de sa théorie d'enclave d'après laquelle on doit présumer qu'une terre qui se trouve dans le district d'une justice foncière seigneuriale doit payer le cens que payent les terres voisines. Il dit qu'au contraire, si une terre ne se trouve pas ainsi dans une enclave d'une justice foncière, on devrait plutôt la présumer allodiale. Evidemment, dans une conception comme celle-là, nous allons vers l'idée non pas de règle générale sauf exception, mais plutôt vers un système de présomption de censualité. Mais, d'autre part, la plupart des coutumes censuelles sont rédigées de façon qui permet bien de dire que nous sommes en présence d'une règle anti-allodiale avec simplement des alleux qui ne pourront exister que par une concession et que par une preuve expresse, règle générale et non pas simple présomption.

Voici, par exemple, comment s'exprime l'art. 97

de l'ancienne coutume (105 de la nouvelle coutume de Meulan : "Mais ne peut être dit héritage en franc-alléu par possession et il faut avoir titre exprès". Ceci revient à dire: pas de présomption d'allodialité, un titre exprès est indispensable."

Si les juristes de l'époque avaient très nettement distingué deux système de présomption, ou une règle sauf exception, cela aurait dû entraîner des conséquences pratiques. Voici par exemple une première conséquence: si nous avons une simple présomption d'allodialité, nous pouvons avoir deux espèces d'alléus, les alleux de concession évidemment, mais aussi des alleux d'origine, si on prouve une possession immémoriale. Et il y a effectivement des coutumes assez nombreuses qui parlent de possession immémoriale comme suffisantes pour écarter la censualité, qui parlent par exemple d'une possession immémoriale de cens. Il y a d'autres coutumes qui nous disent qu'il suffira d'un titre quelconque, même d'un titre n'émanant pas du seigneur, pourvu qu'il y ait une possession assez prolongée, quarante ou soixante ans pour que l'on doive accepter l'allodialité.

Si nous avons au contraire le principe, règle d'allodialité sauf concession, l'alleu d'origine ne pourrait plus exister, seuls seront légitimes les alleux de concession. Par conséquent, le temps immémorial ne pourrait plus être une preuve d'allodialité, il faudrait un titre et non pas un titre quelconque, mais un titre émanant du seigneur direct présumé lui-même.

Si on regarde les textes, on n'a pas l'impression qu'on ait fait nettement cette différence. Nous avons des dispositions qui visent par exemple la possession immémoriale, d'autres qui parlent des titres nécessaires et il y a des discussions sur la question de savoir si ce titre peut être quelconque ou doit émaner du seigneur direct présumé. Sur tout cela il y a des controverses, sans qu'on ait l'impression que les textes aient senti qu'il y avait là deux positions différentes, deux principes différents. C'est ainsi, par exemple, que à propos de la coutume d'Orléans, art. 550, Pothier nous dit que la possession immémoriale sera une présomption de titre.

Nous n'avons donc pas quelque chose de très précis. Ce qui est certain, c'est que la règle nulle terre sans seigneur a été de plus en plus acceptée, que nous la voyons devenir de plus en plus générale et que, par conséquent, nous allons de plus en plus vers l'idée de la règle d'allodialité sauf concession. On s'écarte de l'idée simple présomption anti-allodialement pour aller à quelque chose de plus net: règle anti-allodia-

Certaines coutumes admettent la possession immémoriale en faveur de l'alléu: ce sont celles qui prétendent seulement la non-allodialité

D'autres posant en principe l'allodialité, déclarent que, sauf concession expresse, la terre est censitaire. Il y a donc intérêt à distinguer le principe et la seule présomption. Mais les textes ne sont pas nets.

On admet de plus en plus le principe, et non plus seulement la simple présomption

le sauf concession expresse.

Voici l'énumération des principales coutumes censuelles: d'abord les pays de droit écrit qui ont subi l'influence du nord, la Provence et la Guyenne. D'autre part, tout un groupe de provinces du nord: le Poitou, l'Anjou, le Maine, la Normandie, l'Artois, le Vermandois, le Hénaut. Enfin, Paris et la plus grande partie des petites coutumes environnant Paris, comme Melun, Meaux, etc... Et puis, il y avait quelques coutumes muettes qui n'avaient pas dans leur texte, dans leur rédaction officielle de dispositions précises permettant de dire que ces coutumes étaient censuelles, allodiales ou anti-allodiales. Ces coutumes muettes étaient du reste assez peu nombreuses: quelques petites coutumes en assez grand nombre dans la région nord ouest de Paris, et puis il y avait deux grandes coutumes muettes: Touraine et Berri. D'une façon générale, ces petites coutumes qui environnaient Paris ont été pratiquement des coutumes censuelles parce qu'elles étaient dans la région parisienne où la règle de censualité était la plus courante. Quant aux coutumes de Touraine et de Berri, elles n'étaient pas soumises à une ambiance à cause de leur étendue et des circonstances géographiques qui faisaient qu'elles avaient à côté d'elles des coutumes anti-allodiales, comme le Blaisois, des coutumes censuelles comme le Poitou, et des coutumes allodiales comme le Bourbonnais; par conséquent elles n'étaient pas soumises à telle ou telle influence. Et s'il y avait eu un courant très net pro-allodial ou anti-allodial, il semble bien que ce courant aurait dû dominer dans ces régions-là. En réalité, le courant anti-allodial, certainement, a été le plus fort, mais il y a eu tout de même des résistances proallodiales, si bien que ces coutumes se sont dirigées vers un régime censuel, mais cela ne s'est pas fait sans controverse, si bien que l'étude de ces coutumes n'est pas extrêmement caractéristique et n'ajoute pas grand chose à ce qu'on sait déjà sur cette poussée anti-allodiale.

Les coutumes muettes s'interprètent comme celle de Paris: pas d'ailleurs sans titre

Hésitations dans les coutumes de Touraine et de Berry

La théorie de la directe royale dans la lutte contre les alleux

Les légistes contre les alleux

Abordons maintenant une autre question: celle des arguments qui ont été invoqués contre les alleux pour établir la directe royale universelle, troisième et dernière partie de mon exposé.

Arguments contre les alleux pour la directe royale universelle

Arguments surtout invoqués après la rédaction officielle des coutumes aux XVII^e et XVIII^e siècles. Indiquons d'abord quels ont été les arguments qui ont été découverts par des légistes qui étaient souvent plus des polémistes que de véritables légistes, et

La législation
anti-allodiale

puis nous indiquerons quelles ont été les dispositions législatives prises par l'autorité royale elle-même contre les alleux et l'on verra qu'on peut dire que d'une façon générale les légistes, les publicistes des XVII^e et XVIII^e siècles ont été "plus royalistes que le roi", ont été plus loin que la politique royale dans le sens anti-allodiale.

Voyons quelles ont été les arguments invoqués contre les alleux, en les présentant sous une forme un peu systématique qui ne se sert d'aucune de nos sources en particulier, mais qui est une synthèse présentée dans un ordre un petit peu différent de ce qu'on trouve dans presque tous les ouvrages anti-allodiaux dont les plus importants sont ceux de Galland, le franc-alley, et peut-être de La Poix de Frémiville.

Le premier argument est un argument historique. On nous dit évidemment les premières terres ont été libres. En effet, les terres romaines étaient vraisemblablement libres. Mais des conquêtes sont arrivées, conquêtes franques, conquêtes barbares. Et alors, qu'ont fait les barbares ? Evidemment ici les auteurs ne sont pas d'accord parce qu'il y avait sur cette question historique des controverses.

Les conquêtes auraient supprimé la propriété libre.

Loiseau : les Francs seraient devenus les seigneurs de toute la Gaule

Voici par exemple l'opinion de Loiseau dans son traité des seigneuries - titre I, N° 54 : "Quand les "Français conquirent la Gaule, c'est chose certaine "qu'ils se firent seigneurs des personnes et des biens "d'icelle de cette Gaule. J'entends seigneurs parfaits "tant en la seigneurie publique qu'en la propriété, "la seigneurie privée."

Donc, vous voyez d'après cette théorie on aurait pris les terres, on aurait pris une sorte de domaine éminent des terres, seigneurie directe des terres. Avec ce système là évidemment, pas d'allodialité.

Deuxième système qui semble avoir eu un certain succès, proposé par le dictionnaire du domaine au XVIII^e siècle. Il n'est pas précis. Il dit : les terres des Gallo-romains étaient des terres franches-allodiales, puisque le droit romain avait la propriété privée. Mais ces terres là s'appelaient les leu, et le mot alleu vient de leu. Mais à côté de cela il y avait des terres des Germains qui étaient données en bénéfices. Donc, leus et bénéfices. Mais, petit à petit, les Germains sont devenus les plus forts et les bénéfices ont disparu. Comment ? On ne le dit pas.

Troisième théorie qui a eu surtout cours au XVIII^e siècle. A cette époque un nombre considérable de gens étaient convaincus sérieusement que les Francs avaient donné la noblesse et que les Gaulois avaient donné les roturiers. Et que de plus, le roi avait pris les terres, les avait données à ses guer-

riens et les Gaulois étaient devenus des serfs, tenus des tenures serviles. Dans un système comme celui-là, évidemment l'alleu disparaissait de façon complète, totale absolue.

Pour certains auteurs, si sous Charlemagne tous les propriétaires devaient le service militaire c'est que toutes les terres sont tenues en fief

La capitulaire de 847 supprime l'homme - donc la terre - indépendant

La disparition du droit romain aurait entraîné celle des alleux

Toute justice émane du roi

D'autres auteurs comme Henrion de Pensay, ce dernier était infiniment plus sérieux, ce n'était plus un publiciste mais vraiment un homme qui cherchait à être objectif. Lui dit: Nous ne connaissons pas cette origine. Et d'une façon générale, il est même singulièrement en avance sur son temps, par moment on dirait qu'il a lu les ouvrages de Fustel de Coulanges. Bien entendu, avec lui, toutes ces origines historiques disparaissent. Mais il y a quelque chose sur quoi tous les auteurs sont d'accord, c'est pour dire qu'à la fin de l'époque franque les alleux ont disparu. Et en voici les preuves: Charlemagne imposait le service militaire à tous les propriétaires. Mais alors, vous voyez la conclusion qu'on va en tirer: toutes les terres devaient le service, donc elles étaient toutes fiefs, il n'y avait pas d'alleux. Voilà un argument qui paraissait très fort.

Autre argument tout aussi fort: le capitulaire de Charles le Chauve de 847 qui ordonne à tous les hommes libres du royaume de se commander à un homme puissant: nous voulons que chacun des hommes libres de notre royaume prenne comme seigneur qui il voudra ou nous ou l'un de nos fidèles. Ceci, me direz-vous, supprime l'homme indépendant, cela fait de tous les hommes des vassaux ou des serfs. Puis on ajoute que les terres ont subi le même sort: lorsqu'un homme se commandait, il était obligé de remettre également ses terres, et la preuve c'est qu'il y avait des fiefs de reprise.

D'autre part, le droit romain n'a pas à jouer ici. Le droit romain a disparu. Il y a eu une renaissance romaine, mais il y a eu un moment où le Bréviaire d'Alaric a été oublié et où le droit de Justinien n'était pas encore connu. C'est précisément le moment où les alleux ont disparu

Enfin, on donne encore un dernier argument de texte pour prouver la véracité de cette construction, c'est le texte de Beaumanoir d'où il ressort qu'en Beauvaisis il ne pouvait pas exister d'alleux et que toutes les terres devaient être dans la dépendance, dans la seigneurie directe du comte. Donc, plus d'alleux.

Mais, d'autre part, ce que je viens de dire est "contre" l'alleu, ce n'est pas "pour" la directe royale, mais on va voir maintenant la directe universelle du roi apparaître. Voici comment on raisonne, on dit: au XIII^e siècle, à l'époque de Beaumanoir, il a bien

fallu mettre de l'ordre dans ce chaos féodal, il a bien fallu systématiser. Et on a systématisé en posant deux principes: 1°) toute justice émane du roi, 2°, le roi est souverain fief du royaume.

Vous pourriez vous reporter à des textes de Beaumanoir: N° 1083 où il nous dit que toute souveraineté appartient au roi et dérive du roi, N° 322 où il nous dit que toujours, de toutes les juridictions seigneuriales, de toutes les juridictions laïques on peut faire appel au roi, parce que toute la juridiction du royaume est tenue du roi en fief ou en arrière-fief.

Loiseau applique à la justice au profit du roi, la théorie des domaines utile et direct

De ceci on tire deux conséquences: une conséquence de droit public. Mais on tire aussi une autre conséquence, qui est exprimée par Loiseau sous cette forme: "Je dis que toutes justices appartiennent au roi, les unes en pleine propriété qu'il exerce en son nom, et les autres en seigneuries directes seulement, qui exercent au nom des seigneurs qui sont vrais propriétaires et seigneurs utiles à titre de fief, les relevant et rachetant du roi qui en est l'auteur et le garant".

On applique donc ici la théorie du domaine direct et du domaine utile. Voilà donc cette distinction des glossateurs à propos de la propriété et qui pénètre ainsi à propos de la justice. Vous voyez comme ceci est dangereux et comme ceci peut nous mener facilement à une confusion entre le droit de justice qu'on appelle déjà quasi-droit de propriété, et d'autre part les droits purement féodaux et fonciers. On aperçoit comme le passage est facile, d'autant plus facile que nous avions sur les alleux, vous le savez fort bien des droits de justice qui étaient des droits pécuniaires, déchéance, confiscation. Et du reste le Grand Coutumier fait à peu près la confusion à la page 95 de l'édition Laboulay, à propos de cette question des justices royales d'une façon générale, nous avons cette phrase: "De même au roi et pour le tout appartient de faire des amortissements par tout le royaume, et il ne peut en icelui être amorti, et ne peut en ce royaume aucune terre être amortie jusqu'à ce que le roi l'ait amortie".

Le roi a le droit d'amortissement pour tou-
tes les terres du royaume

Donc, droit d'amortissement pour le roi sur toutes les terres du royaume, alleux ou fiefs, et ceci en vertu de son droit de justice. On voit la confusion, on voit comme nous passons ici de la justice à la propriété foncière, et comme nous passons de la propriété foncière du fief à l'alleu.

D'autres textes encore du Grand Coutumier pourraient être lus dans le même sens, p. 637, 641, p. 641: "il ne suffit pas de dire j'ai toute justice parce que j'ai ressort car ce n'est pas vrai, et l'on doit re-

"garder dans les anciens aveux, s'il avoue tenir en justice et de quelle façon".

L'alleu sera donc dépendant du roi pour la justice

Donc toute justice émane du roi. Ceci n'entraîne pas forcément la disparition de l'alleu, parce que l'alleu a d'abord exercé la justice en vertu d'une espèce de souveraineté, de réalisation d'indépendance, il va cesser d'être alleu féodal et foncier par le fait qu'on construira la théorie: toute justice émane du roi, et par le fait qu'on considérera que quant à la justice il est dépendant et même vassal du roi. Il peut être vassal du roi quant à la justice et rester alleutier quant au bien foncier. Mais on va sortir la théorie du roi souverain fief du royaume, mais cette théorie ne devrait pas non plus entraîner la disparition de l'alleu, mais elle l'a entraînée comme nous allons le voir.

Pour entraîner la disparition de l'alleu on fait aussi appel au roi souverain fief du royaume

Qu'est-ce qu'on va nous dire ? Les auteurs du XVII^e et du XVIII^e siècles vont nous dire: au moment où on a posé ce principe "toute justice émane du roi", au moment où la royauté a essayé de mettre de l'ordre dans le chaos féodal, on s'est heurté à l'existence de certains fiefs tenus par le roi en vasselage. Par exemple, le roi vassal de St-Denis. Mais on a estimé que le roi ne pouvait faire hommage pour un fief, quel qu'il soit, à qui que ce soit, et en particulier à l'abbaye de St-Denis. Donc le roi a fait hommage, et ceci en effet, toujours semble-t-il par procureur, mais pas lui-même.

Ensuite on a posé ce principe que si le roi pouvait dépendre foncièrement de l'abbaye de St-Denis pour son fief, néanmoins pour la justice foncière sur ce fief, la justice foncière était tenue du roi. Si vous voulez, le roi était vassal quant à la propriété foncière et St-Denis était vassal quant à la justice

Du principe "le roi est souverain fief du royaume" les auteurs anti-allodiaux concluent que toutes les terres sont fiefs

Mais on a encore trouvé que ceci ne suffisait pas et on a posé alors le principe que tout fief émane du roi. Et il y a ici des textes, en particulier un texte de L'Hommeau qui nous dit qu'il est impossible qu'un fief, quel qu'il soit ne dépende pas directement ou indirectement, médiatement ou immédiatement du roi. Et on a posé le principe: le roi est souverain fief du royaume. Par conséquent, le roi a le domaine direct sur tout le royaume. Mais ici, attention ! Ce principe: le roi est souverain fief du royaume, on peut lui donner deux significations: la signification logique et limitée qui dérive de ce que je viens de dire, et en conclure que le roi est souverain fief de tous les fiefs du royaume. C'est là la conclusion logique. On peut au contraire jouer sur le mot et lui donner un sens plus fort. C'est ce qui a été fait par les auteurs anti-allodiaux et favora-

X

bles à la directe royale. On dit alors: le roi est souverain fieffeux de toutes les terres du domaine, alleux ou non alleux. Et alors, si vous dites que le roi est souverain fieffeux de toutes les terres du royaume, effectivement il peut y avoir des terres qui seront alleux vis-à-vis des seigneurs sujets du roi, mais il ne pourra plus y avoir d'alleux qui soient alleux vis-à-vis du roi. C'est comme cela qu'on a interprété, et la conclusion dépasse les prémisses.

Le roi étant souverain fief- feux toute con- cession de franc alleu ne peut émaner que du roi

Mais sur ce point, nous avons un nombre de textes très considérable. Il y a par exemple un texte qui n'est peut être pas le plus intéressant, mais qui est le plus célèbre de tous. C'est un texte de Galland (p. 109, Trait des francs-alleux): "Pour cette raison, la coutume de Sens en l'art. 158 dit: "si aucun sei- gneur a hommes en servile condition et il les main- met, c'est-à-dire qu'il les affranchisse par la dite coutume, elles sont acquises au roi et sont serfs du roi, s'ils ne se rachètent du roi". Voici ce que Galland ajoute: "Parce que le roi est souverain fief- feux et à son préjudice ne peut être le fief affai- bli, la coutume d'Anjou porte ces termes, sans pré- judice des droits que le roi a universellement par le royaume. Et nous tenons pour les mêmes considéra- tions, avec M. Bacquet, traité des fiefs, que les titres et concessions de franc-alleux ne peuvent pro- céder que du roi, non d'autres seigneurs, soit au justicier féodal ou censier".

Le texte est intéressant par sa pauvreté même. Il n'y a pas de raisonnement du tout, il y a une af- firmation brutale. "D'autant que tout héritage sis en France étant tenu du roi médiatement ou immédiatement, on ne peut au préjudice du dit seigneur exem- ter ou affranchir un héritage du droit qu'a le roi en icelui sans le consentement de sa Majesté".

Toute terre, fief ou roture est dans mou- vance du roi

Il y a d'autres textes du même genre. Par exemple un texte de Lapoix de Frémiville pose à la fin du Tome I de son traité de premier principe: "Le roi est le seigneur souverain dominant, suzerain direct et universel de tout ce qui est temporel en son royaume, soit qu'il soit possédé par des séculiers, tels que princes, etc... soit qu'il soit possédé par des ecclé- siastiques, comme évêques, etc....". Vous voyez la netteté de ce principe, c'est une affirmation sans preuve. Et il ajoute un deuxième principe: "Il n'y a aucun héritage en France soit en alleu, soit en fief ou en roture qui ne soit directement ou indirectement dans la mouvance du roi".

Ces auteurs pro- cèdent par af- firmation.

Il y a d'abord une espèce de raisonnement pour dire que le roi devait être pour la police générale considéré comme le seigneur éminent de tous les fiefs.

Aucun argument n'est donné

Il ne peut exister d'alleu par prescription Seul, l'alleu de concession avec autorisation du roi

Essai de conciliation entre les deux formules opposées: "Nul seigneur sans titre" et "Nulle terre sans seigneur"

Mais lorsque je vous ai dit qu'il devait être considéré comme le seigneur éminent de toutes les terres, je n'ai plus fait que des affirmations sans aucune espèce d'argumentation solide, et si je vous en avais donnée une il aurait fallu que je l'invente, je ne l'aurais pas trouvée chez les auteurs.

Quelles conséquences est-il possible de tirer de ces textes. Il y a d'abord une première conséquence c'est qu'il n'existe pas d'alleux, ou du moins qu'il n'existe pas d'autres alleux que des alleux de concession. Voici du reste comment s'exprime le dictionnaire du domaine au mot alleu: "Alleu, espèce de tenure dont l'origine est inconnue et qui vraisemblablement n'existe pas en France. Il peut y avoir des héritages devenus libres par affranchissement, mais il ne peut pas y avoir de franc-alleux naturels et absolus dans le royaume".

D'autre part, on va tirer de là toute une série de conséquences. Il y a d'abord une première conséquence à tirer, il y a cette fameuse phrase: nul seigneur sans titre. Vous savez que c'est cette phrase qui explique le système allodial des coutumes allodiales, la présomption d'allodialité. On va nous dire: cette phrase, comment voulez-vous la concilier avec "nulle terre sans seigneur"? Nul seigneur sans titre, nulle terre sans seigneur, mais c'est inconciliable ! Non, on peut concilier. Voici le sens de cette phrase "nul seigneur sans titre"; nul seigneur quant aux charges personnelles ou réelles. Quant aux servitudes, nous dirons volontiers, en donnant au mot le sens du Code civil "Quant aux servitudes nul seigneur sans titre". Mais quant à la reconnaissance du domaine direct, quant à l'hommage, quant au cens recognitif, alors là nulle terre sans seigneur. Et voilà comment nous concilions ces deux formules "nulle terre sans seigneur", "nul seigneur sans titre".

2° - Bien entendu une seule forme d'alleux est possible, l'alleu d'affranchissement. Mais qui va pouvoir affranchir ? Est-ce le seigneur direct ? (J'en-tends le seigneur le plus proche). Pourra-t-il affranchir et faire des alleux ? Certains auteurs disent non. D'autres plus machiavéliques comme de Lapoix de Frémerville disent: Oui. Et ils ajoutent: "Regardez ce que cela va nous donner à propos des censives, c'est merveilleux ! Disons qu'il peut affranchir, parce que quant à lui il affranchira la censive du cens, cette censive va cesser d'être une censive, mais elle va devenir un fief et le fief a plus d'obligation que la censive. Et sur le fief vont peser des obligations d'hommage, des obligations de lods et vente, de quint et requint, toutes sortes d'obligations qui ne pèsent

plus sur la censive, nous allons faire retomber davantage la terre. Donc, disons: oui, il le peut, mais il la ramène à un degré supérieur dans la hiérarchie féodale et il augmente les droits du roi, les droits utiles du roi sur cette terre en faisant ce commencement d'affranchissement.

Seul le roi peut faire un alleu

Mais quant au roi lui-même, alors lui, lui seul peut vraiment faire un alleu. Mais pour qu'une terre soit allodiale vis-à-vis du roi, il faut un titre exprès et le titre émanant du roi lui-même. Pourquoi ? Parce qu'un très grand nombre de fiefs ont été perdus par la royauté par suite de prescription. Pour éviter ces pertes injustifiées, il faut exiger le titre original. Et la preuve que beaucoup de titres ont été perdus, c'est que en 1194, Philippe Auguste a vu ses trésors des Chartes pris par Richard Coeur de Lion, et par conséquent il y a là des origines de fiefs qui sont perdues. Donc, il faut exiger le titre du roi lui-même.

Au surplus ajoute de Lapoix de Frémerville, c'est un principe accepté vis-à-vis des seigneurs pour une raison analogue, on ne va pas traiter le roi plus mal que les seigneurs. Et de Lapoix de Frémerville va jusqu'à poser ce principe: "un particulier qui dit que "son héritage est un franc-alleu, sans le prouver par "un titre confirmé par le roi, commet un désaveu qui "entraîne la commise de son héritage".

L'alleu et la théorie de l'inaliénabilité du royaume

Mais, nous disons donc qu'il faut un titre du roi, pour constituer un alleu. Mais le domaine étant inaliénable, le roi pourra-t-il concéder ce titre qui va faire d'une terre un alleu, d'une terre qui par présomption était d'abord fief ou censive ? Non, en vertu du principe de l'inaliénabilité du domaine. Alors, les alleux qui restent, il faut les supprimer. Et le dictionnaire du domaine serait disposé à le penser, mais Henrion de Pensay modéré, répond: Non, faisons une distinction. Il y a l'époque antérieure au principe de l'inaliénabilité du domaine et l'époque postérieure à ce principe. Ce qui a été fait avant que le principe de l'inaliénabilité du domaine ait été posé, il faudra le considérer comme définitif et tenir ces terres pour allodiales, mais bien entendu actuellement que le principe de l'inaliénabilité du domaine est posé, le roi ne peut plus concéder d'alleux. Et ici il cite toute une série de textes. Donc impossibilité d'avoir des alleux à l'avenir.

Difficulté d'appliquer le principe dans le détroit des coutumes allodiales.

C'est très bien d'avoir posé ce principe, seulement il restait une difficulté: c'est qu'il existait tout de même des coutumes allodiales. Est-ce qu'on va pouvoir se débarrasser des coutumes allodiales ? Non on n'a pas pu s'en débarrasser complètement, mais on

Galland est partisan de la suppression des coutumes allo-diales

Lutte pour essayer d'interpréter, à contre sens, les coutumes allo-diales

"le roi souverain fieffeux du royaume"; cette formule est abusivement exploité contre l'alleu

Tentative de conciliation des deux formules "nulle terre sans seigneur", "nul seigneur sans titre".

va tout de même essayer de les éliminer. On va d'abord les affaiblir au nom d'un principe général qui va être posé par Galland. Il nous dit: les coutumes existent, mais les coutumes ne sont que le consentement des sujets. Or va-t-on admettre qu'une loi faite par des sujets s'impose au roi ? C'est absolument impossible. Et ici il cite quelques textes romains, fort brillants qui disent: non, ce n'est pas possible, cela ne peut pas lier le roi. Il cite encore un texte de Dumoulin qui affirme qu'une coutume qui va contre l'intérêt général du royaume est une coutume qu'on ne peut pas accepter, ce qui est du reste exact, mais il applique ce principe ici et nous dit: il faut supprimer toutes les coutumes. La plupart des auteurs ne vont pas aussi loin que Galland et ont essayé de procédés plus modérés, pour non pas supprimer les coutumes, mais en diminuer l'application. Vis-à-vis des coutumes de droit écrit, le procédé employé a été celui-ci: on a dit: le droit romain n'est pas probant, puisqu'il y a une époque où il n'a pas été appliqué. D'autre part, nous avons dans les pays de droit écrit, des régions comme la Provence ou comme la région bordelaise où on n'applique pas le principe allodial. Donc ce n'est pas un principe général, donc on peut le discuter. Et alors ils reprennent chacune des coutumes et à la propos de la ville de Bordeaux il y a toute une jurisprudence de la cour des Comptes ou du Conseil du roi qui sont constamment en sens contraire, et il y a un effort local pour chacune des coutumes.

La formule, "le roi souverain fieffeux du royaume", était une formule qui pouvait être d'accord avec l'esprit du droit public français, mais que de cette formule on devait tirer une conclusion limitée; or ce n'est pas celle-là qu'on a tirée, mais quelque chose qui n'était plus d'accord avec l'idée incluse dans cette formule, qui la débordait et la faussait. En vertu de cette formule, on pouvait arriver à dire que tous les fiefs devaient être tenus directement ou indirectement du roi, on ne pouvait pas en conclure que toutes les terres étaient des fiefs et que les alleux ne pouyaient pas exister. Tirer de cette formule "le roi est souverain fieffeux du royaume", cette conclusion que toutes les terres sont tenues en fief de lui, n'est pas une interprétation de la formule. Il y a donc là un sophisme. Mais ce sophisme a existé et on s'est servi en particulier de certaines formules que vous connaissez, formules ou proverbes un vertu desquels on avait eu des pays allodiaux et anti-allodiaux "Nulle terre sans seigneur"; "nul seigneur sans titre". Ces deux formules en réalité se contredisent, elles veulent dire: l'une : présomption d'allodialité, et

Le roi est directement seigneur, à défaut de tout autre

Nécessité d'un titre émanant du roi pour la preuve de l'alleu

Le principe de l'inaliénabilité du domaine s'oppose à la concession d'alleux

La doctrine est en opposition avec la coutume rédigée

l'autre: présomption de non allodialité. On a essayé de concilier les formulés et de dire: nulle terre sans seigneur, cela veut dire qu'il ne peut pas exister de terres qui ne soient dans la dépendance d'un baron ou d'un roi. Nul seigneur sans titre, cela veut dire qu'il ne peut pas exister de redevances foncières, de redevances contractuelles sans qu'il y ait un titre pour établir cette redevance contractuelle, mais non plus seigneuriale. Et alors, en conciliant ces deux formulés, en les déformant ainsi, en les faussant, on pouvait en tirer cette conclusion qu'elles étaient d'accord pour dire qu'il ne pouvait pas y avoir de rente foncière sans titre, mais pour dire aussi qu'il ne peut pas y avoir de terres qui ne soient féodales et qui ne soient par conséquent ou dans la directe connue d'un seigneur, ou si cette directe connue du seigneur n'existe pas, dans la directe royale.

Mais alors, du moment que toutes les terres, en vertu de ce principe sophistiquement tiré était posé, toutes les terres du royaume devaient donc être tenues en fiefs, ou en arrière-fiefs du roi, toutes sans aucune exception, il devenait indispensable d'avoir un titre émanant du roi pour qu'une terre puisse être un alleu. Nous ne pouvions plus avoir que des alleux par concession royale, puisque, par construction, toutes les terres étaient normalement et naturellement, primitivement des fiefs sur lesquels le roi avait le domaine éminent. Donc, il fallait un titre, au moins vis-à-vis du roi. On pouvait à la rigueur admettre qu'on pouvait ne pas avoir besoin de titre dans la dépendance d'un seigneur, mais vis-à-vis du roi c'était impossible.

Mais il y avait encore quelque chose de plus grave: le principe de l'inaliénabilité du domaine royal, en vertu duquel le roi ne peut pas faire d'alleux de concession. Il ne le peut pas au moins pour les terres nouvelles, il ne le peut plus depuis l'époque où le principe de l'inaliénabilité du domaine a été posé. Voilà quelle était la situation doctrinale.

Mais cette position doctrinale se trouvait en contradiction avec les textes et coutumes rédigées. Il y avait désaccord entre cette doctrine et le fait que s'il existait des coutumes complètement anti-allodiales ou des coutumes semi anti-allodiales, des coutumes censuelles, il y en avait d'autres qui étaient allodiales. Il s'agissait donc d'expliquer la contradiction qui existait entre les principes ainsi dégagés et les faits tels qu'ils ressortaient du texte même des coutumes.

Pour s'en tirer, voici comment raisonne un auteur

Henrion de Pansey note la tendance à la censualité à la veille de la Révolution

de 1789, Henrion de Pansey, dans ses "Dissertations féodales" (1789). Henrion de Pansey, il faut le noter, est un auteur plutôt pro-allodial, il s'élève contre Galland, mais il reconnaît qu'en fait, malheureusement, le principe général de son temps est le principe de la censualité, principe d'après lequel aucune terre ne peut être libre, ne peut être allodialement si elle n'a pas un titre. Voici comment il s'exprime dans un texte caractéristique (tome 2, Dissertations féodales, p. 42): "Quelle que soit l'origine de la "règle nulle terre sans seigneur, elle forme aujourd'hui notre droit commun. Reçue depuis des siècles, "l'usage l'a conservée. Si elle dérive du droit romain "si elle doit son existence à la force, elle est légitimée par le temps. Cependant, cette règle, quoique générale, n'est heureusement pas universelle....." Vous voyez il est pro-allodial au fond. "Elle reçoit "des exceptions, même en très grand nombre, mais encore une fois, elle forme le droit commun".

La règle "nulle terre sans seigneur" est de droit commun

Les coutumes qui dérogent sont exceptionnelles

Voilà donc le principe posé par les auteurs les plus favorables à l'allodialité, principe anti-allodial, possibilité d'existence par exception des terres allodiales. Mais du moment que ces terres sont l'exception, il faut examiner les coutumes qui ne sont pas anti-allodiales dans un esprit restrictif, elles vont contre le droit commun, on ne peut donc pas en interpréter la lettre dans un sens élargissant, il faut au contraire les prendre dans un sens qui restreint, il faut donc examiner en détail chacune des coutumes pro-allodiales. C'est ce que fait Henrion de Pansey. Sur ce point du reste il n'est pas original et c'est par là qu'il est intéressant en nous donnant une opinion courante.

Il faut examiner chaque coutume, en particulier les coutumes de droit écrit d'abord et les coutumes des pays de droit coutumier pro allodiales: Bourgogne, Lorraine, Barois, en descendant jusqu'en Auvergne.

Ce que nous allons dire à propos des coutumes de droit écrit n'est pas l'opinion de Henrion de Pansey mais celles d'autres auteurs. Ce que nous dirons tout à l'heure à propos des coutumes de droit coutumier est tiré de lui.

Pour les pays de droit écrit, il ne faut évidemment pas partir du droit romain et se dire: le droit romain admet comme normale la propriété pleine et entière, une espèce de jus italicum. On ne peut dire cela, parce que le droit romain a cessé d'être appliqué dans ces pays parce qu'il a été "reçu" et ne constitue donc pas une coutume origininaire. Les régions même des pays de droit écrit qui sont nettement anti-allodiales, comme la Provence ou la Guyenne sont

Même dans les pays de droit écrit l'allodialité serait l'exception

caractéristiques de ce fait... ils sont comme les témoins d'une situation ancienne antérieure à la réception du droit romain. C'est faux on l'a vu, mais voilà le raisonnement des auteurs de l'époque monarchique

Par conséquent disent-ils il faut examiner ici comme dans les autres pays pro-allodiaux chaque coutume en particulier, chaque point spécial, chaque région déterminée, et voir si elle a des raisons particulières, propres à elle pour être pro-allodiale. Et alors, il y a eu ainsi des séries de discussions, de procès devant les parlements devant les bureaux des finances, devant le conseil du roi ou le conseil d'Etat, devant un très grand nombre de juridictions à propos de chaque coutume en particulier.

En 1571, dans la coutume pro-allodiale de Bordeaux, le Parlement n'admet pas la possibilité de prouver le caractère allodial.

Sans entrer dans le détail, voici quelques indications, du reste incomplètes sur ce qui s'est passé dans la ville de Bordeaux qui était restée pro-allodiale, alors que la Guyenne, sous la domination anglaise, était devenue anti-allodiale. J'ai relevé ces indications dans le répertoire de Merlin au mot francalleu. Il y a eu quelques difficultés, il y a d'abord eu une concession d'allodialité pour la ville de Bordeaux, ensuite une série de procès dans lesquels le Parlement de Bordeaux a tenté de s'élever contre le système allodial. Il y a eu en particulier un arrêt du 16 mars 1571 rendu à la suite de discussions contentieuses entre le seigneur de Sainte Livrande et des hommes habitant dans l'enclave de cette seigneurie. Le seigneur demandait à tous les habitants de son enclave de présenter les titres permettant de fixer quel était le montant des cens qu'ils devaient payer tous les ans. Le Parlement a décidé le 16 mars 1571 que si ces habitants ne présentaient pas un titre particulier fixant le montant du cens qu'ils devaient, ils seraient tous tenus de payer un droit de cens équivalant à la moyenne des droits de cens payés par les héritages enclavés dans la seigneurie de Ste-Livrande. On n'admettait donc pas d'après cet arrêt du Parlement de Bordeaux la possibilité de prouver le caractère allodial d'une terre. Vous voyez comme ceci va loin.

Revirrement de la jurisprudence du Parlement de Bordeaux: le seigneur doit faire la preuve de son titre.

Puis en 1617, le Parlement de Bordeaux rend un nouvel arrêt à propos d'une difficulté, celle-là entre des habitants de Bordeaux et les officiers du domaine royal qui demandaient à tous les habitants de Bordeaux de payer un cens s'ils n'avaient pas la preuve que leurs terres étaient allodiales. C'était donc le système de la censualité que voulait faire appliquer l'officier du domaine. Le Parlement répond: rien à payer si l'officier du domaine ne présente pas un titre établissant que la terre est censuelle, ou

s'il ne présente pas à tout le moins la preuve d'une possession immémoriale de la part du roi, du droit de percevoir un cens. Voilà donc le parlement de Bordeaux qui, en moins de quarante ans se déjuge complètement et se prononce cette fois pour un système nettement allodial.

Le Conseil du roi exclut l'allodialité

Cet arrêt du Parlement de Bordeaux est une cause, bien entendu, de conflits et d'appels. En 1619, un arrêt du Conseil du roi condamne les habitants de Bordeaux à payer des lods et ventes, tous sans exception. Donc système de l'anti-allodialité absolue, système breton, sans même admettre la preuve que la terre est censuelle.

En 1620 un édit royal intervient qui dispense pour le passé les gentilshommes bordelais de l'obligation de payer quelque droit que ce soit au roi, mais qui leur impose pour l'avenir le paiement des lods et ventes. Essai de solution transactionnelle, mais qui tend à devenir un système anti-allodial.

Protestations de la part des habitants de Bordeaux. En 1624, un nouvel arrêt intervient confirmant la décision de 1620 et se prononçant pour un système d'anti-allodialité absolu.

L'ordonnance de 1629 pose le principe de la censualité, avec admission de la preuve contrarie

Nouvelles protestations. Finalement, en 1629, une ordonnance royale dont je vous parlerai, est promulguée pour l'ensemble de la France et pose le principe du système de la censualité. Donc une terre ne peut être un alleu que si elle prouve qu'elle est un alleu

Protestations de la part des habitants de Bordeaux. En 1670 un règlement nouveau intervient qui déclare que toutes les terres devront payer les lods et ventes si elles ne font la preuve qu'elles sont des alleux nobles ou roturiers. Système de la censualité

Protestation des habitants de Bordeaux. En 1682, le roi confirme.

En 1692, ordonnance royale générale qui pose le principe de la censualité, mais exclut la Guyenne

1693, nouvel arrêt royal à propos de la Guyenne, et qui pose de nouveau le principe de la censualité.

En 1734, il y a des jugements contradictoires. Le bureau des finances se prononce pour le système de l'allodialité et le conseil du roi se prononce lui pour le système de la pure anti-allodialité. Telles sont les difficultés perpétuelles, les conflits incessants.

Je me suis arrêté en 1734, on pourrait continuer jusqu'en 1789.

Il est inutile de retenir toutes les dates et tous les dispositifs des arrêts cités, mais on peut y trouver la preuve qu'il y a eu là des difficultés absolument ininterrompues et quasi on voulait faire une

étude complète, l'étendre à tous les pays qui ont été allodiaux. Mais, faute de temps, nous ne pouvons aller plus loin dans cette étude des cas particuliers.

Arrivons maintenant aux coutumes allodiales des pays de droit coutumier: Bourgogne, Lorraine, Barois, etc... Et j'en arrive ici à ce que Henrion de Pansay va dire à propos de ces coutumes.

Les coutumes allodiales ne le seraient de l'avis d'Henrion de Pansay, que pour les censives et non pour les fiefs

Henrion de Pansay va faire un raisonnement logique, et cependant il sera terriblement sophistique. Il va partir du principe que j'indiquais tout à l'heure la règle générale c'est la censualité. Donc, nécessité de prouver que telle coutume particulière est bien une coutume allodiale, et nécessité même d'interpréter cette coutume dans un sens restrictif. Henrion de Pansay va donc admettre que les coutumes qui sont expressément allodiales, ne le sont que si on considère les censives parce qu'elles sont précises à propos des censives, mais qu'on ne peut pas les considérer comme allodiales pour les fiefs parce qu'elles ne sont pas suffisamment précises pour ceux-ci. Voilà ce que dit Henrion de Pansay et pour montrer que les coutumes ne sont précises qu'à propos des censives, voici quels sont les arguments de texte dont il se sert.

Henrion de Pansay essaie de démontrer que les textes ne s'appliquent qu'aux rotures. Et le principe de droit commun: "Nulle terre sans seigneur" s'oppose à l'extension du caractère allodial aux fiefs

Il examine d'abord les titres sous lesquels les articles relatifs aux alleux sont placés dans ces différentes coutumes; il examine ensuite les termes mêmes de ces articles; il examine les procès verbaux de rédaction des coutumes; il examine enfin les termes des dispositions des coutumes qui sont nettement et franchement spéciales aux alleux. Et c'est de cet ensemble d'examens qu'il tire la conclusion que j'indiquais tout à l'heure: non allodialité sans preuves des alleux nobles, allodialité sans preuve des alleux roturiers.

Voyons d'abord dans quels titres se trouvent les articles relatifs aux alleux. Dans la coutume de Châumont, il constate que les articles relatifs aux alleux se trouvent dans un titre intitulé: de la nature et condition des héritages des censives, des rentes foncières hypothéquées. Il nous dit donc: il est probable, étant donné ce titre, que nos alleux sont des alleux roturiers. C'est probable car il y est question d'héritages des censives, des rentes foncières, il n'est pas question des fiefs. Ce n'est pas très précis

2° - Coutume de Troyes : Voici le titre : de la nature et condition des héritages, rentes, censives, hypothèques. Ce n'est pas précis, mais tout de même, il est question des censives, dont ce sont probablement des articles relatifs seulement aux alleux roturiers

En Bourgogne et en Franche-Comté, c'est dans un titre intitulé: des censives. Pas besoin d'aller plus loin, il ne peut être question que des alleux roturiers.

Dans le Bourbonnais, nous avons ce titre: des censives et des droits seigneuriaux. Pas besoin d'aller plus loin, il s'agit des alleux roturiers.

En Auvergne, un titre intitulé: des prescriptions. Ce n'est pas précis.

Enfin, dans la coutume d'Auxerre, nous avons évidemment cette formule assez embarrassante, imprécise de titre: des justices hautes, moyennes et basses.

Ceci étant, Henrion de Pansay se dit: je vais prendre les textes mêmes des articles des coutumes qui ne sont pas précises d'après les titres, je ne m'occupe plus des autres. Donc, dans la coutume de Chaumont, art. 62, on lit: "On tient au dit baillage "que tout héritage est réputé franc qui ne le montre "être redevable d'aucune charge quelque part qu'il "soit assis". Ce n'est pas très précis; le titre non plus n'était pas précis. Cela semble tout de même plutôt indiquer des alleux roturiers que des alleux nobles.

Voyons les autres (Bien entendu nous ne nous attribuons pas le raisonnement de Henrion de Pansay). Art. 51 de la coutume de Troyes: "Tout héritage est "franc et réputé de franc-alieu qui ne le montre être "serf et redevable d'aucune charge". Cela ne peut être que l'alleu roturier.

Coutume du Nivernais, art. Ier: "Tous héritages "sont sensés et présumés libres et allodiaux qui ne "montrent du contraire". Ce n'est pas précis, mais cela peut ne concerner, dit-il, que les rôtures.

Coutume d'Auxerre. Ici encore Henrion de Pansay triomphe avec l'art. 23: "Tous héritages sont réputés "francs et libres de censive s'il n'apparaît du contraire".

Il arrive à cette conclusion qui lui apparaît impressionnante: presque toutes les coutumes sont précises ou par le titre ou se trouve l'article, ou par les termes mêmes de l'article, presque toutes les coutumes sont précises pour nous dire qu'il ne peut s'agir que d'alleux roturiers. Aucune des quelques autres n'est précise pour nous dire qu'il s'agit d'alleux nobles, donc il faut interpréter ces coutumes dans un sens restrictif puisque le principe "nul terre sans seigneur" est le principe général. Et il faut logiquement conclure que ces pays ne sont allodiaux que pour les censives.

Voilà le raisonnement. Ce raisonnement nous ne l'acceptons pas.

Puisque les nobles se sont lors de la rédaction des coutumes opposés à l'allodialité il serait stupide d'appliquer ce principe à leurs terres, dit Henrion de Pensay

Certaines coutumes précisent l'allodialité de l'alleu noble. Henrion de Pensay y voit une mauvaise interprétation de la coutume de Paris

Il continue son examen et il dit : regardons maintenant les procès-verbaux. Nous verrons qu'il y a eu toujours des discussions sur ce sujet entre les nobles et les roturiers, les nobles ayant intérêt à ce que les coutumes soient anti-allodiales, les roturiers ayant intérêt à ce que les coutumes soient pro-allodiales. Ici, c'est bien naturel, et si j'ai le temps à mon dernier cours je vous montrerai quelle a été sur cette question l'attitude des roturiers et des nobles au moment de la Révolution française, au moment des décrets du 4 août, et vous comprendrez aisément que les roturiers d'une façon générale, avaient intérêt à la disparition des droits seigneuriaux, et les nobles intérêt au maintien. Ce n'est pas là un argument.

Mais Henrion de Pensay fidèle à sa présomption anti-allodiale nous dit : regardons les textes, nous avons des textes comme celui de Troyes, très précis, et qui montrent bien que l'allodialité a été réclamée par les roturiers pour des alleux roturiers. Il y a des procès-verbaux précis, il y en a d'autres qui ne le sont pas. Il faut donc présumer que tous les procès-verbaux voulaient dire qu'il s'agissait des alleux roturiers et non pas des alleux nobles.

Enfin, dernier argument, et c'est ici évidemment que Henrion de Pensay se sentait le plus géné: il y a des dispositions dans quelques coutumes sur les alleux nobles et qui nomment les alleux nobles. Il y a trois coutumes Troyes, Vitry et Lorraine.

Troyes, art. 53: "au dit bailliage il y a franc-alleu noble et franc-alleu roturier". C'est clair. "Et est franc-alleu noble quand il y a seigneurie et "justice dont le détenteur tenu de faire foi ni hommage, payer quint ni requint".

La coutume de Vitry s'exprime exactement de la même façon dans les mêmes termes. Alors Henrion de Pensay nous dit: mais ces termes là nous les connaissons, ce sont les termes de l'art. 68 de la coutume de Paris quant cet article nous dit: "franc-alleu auquel il y a justice, censive ou fief mouvant de lui, se partie comme fief noble".

L'article 68 de la coutume de Paris nous donne une définition de l'alleu noble, cette définition de l'article 68, elle est d'accord avec la définition que donne l'art. 53 de la coutume de Troyes, mais la coutume de Paris est censuelle, elle n'est pas allodiale. La coutume de Troyes s'exprime d'une façon voisine de la coutume de Paris, on ne peut pas penser qu'elle a voulu dire quelque chose de plus que la coutume de Paris, il faut donc conclure qu'elle veut dire que pour les alleux nobles c'est le système de la censua-

lité qu'il faut appliquer.

Le raisonnement n'est pas bon, mais on voit jusqu'où cet auteur qui est un auteur pro-allodial pousse cette idée: il faut présumer que nous sommes en présence de quelque chose qui n'est pas allodial.

La coutume de Lorraine, titre 5, art. 15: "Celui "qui tient et possède seigneurie en franc-alieu est "exempt à cause d'icelle de foi, hommage, services et "autres droits, mais les sujets demeureront francs "et immunisés. Ils sont néanmoins des seigneurs et su- "jets de franc-alieu enclavés en Lorraine, tenus de "subir pour les bailliages voisins, et étant convenu "pour droit seigneuriaux, communautés et de fournir "aux prestations et charges communes pour bailliage "de gens de guerre et autres commandites publiques". Nous avons ici encore quelque chose qui est plutôt une définition de l'alieu noble qu'une affirmation du caractère général de ces alleux nobles. Nous ne pouvons pas tirer un argument précis de la coutume de Lorraine. Au surplus, cette coutume n'est pas franchement française.

Voilà comment Henrion de Pensay qui regrette le système anti-allodial, en arrive à considérer que seuls les alleux roturiers peuvent être présumés dans les coutumes allodiales.

Il y a d'autres auteurs qui allaient beaucoup plus loin que Henrion de Pensay et qui semble-t-il avaient raison. A tout prendre nous aimons presque mieux l'affirmation de Galland (p. 108, traité contre le franc-alieu) reconnaissant qu'il y a des coutumes censuelles, mais qui déclare inutile d'en tenir compte, le roi n'ayant à s'occuper de ce que disent les coutumes: "Les coutumes qui dépendent du simple consentement des habitants ne lient que les particuliers "qui s'y soumettent n'obligent pas le roi, n'altèrent "pas ses droits, ainsi que soutient le sieur Dumesnil, "avocat du Parlement du roi de Paris en son plaidoyer "du 20 mars 1566: Est-ce que Rome tu prétends soumettre le roi à la force-de ta loi, alors qu'il convient plutôt au roi de te soumettre à sa loi à lui-même ? "L'apostille de M. Charles Dumoulin sur la coutume de Touraine disant que des dispositions qui non seulement sont une erreur mais vont contre le droit royal "et contre le bien public, ne valent pas".

Voilà l'argument de Galland

Auant terminé cette étude de la doctrine vis-à-vis des alleux, il nous reste à montrer quelle a été la politique du roi en face de cette question des alleux

Galland repousse toutes les coutumes allodiales parce qu'elles sont contraire à l'intérêt du roi

L'alieu et la politique royale

Evidemment, tous les légistes, toute la doctrine des gens au service de l'autorité royale l'incitaient à poser le principe de la directe royale. Le principe était accepté. Le roi ne pouvait pas se livrer personnellement à des études historiques pour savoir si le principe était fondé ou non, il devait inévitablement le considérer comme la vérité sans qu'il y ait chez lui une intention prémeditée. De plus, cette doctrine était pour lui utile, car si les principes généraux d'une directe universelle du roi ne l'intéressaient peut-être pas énormément, encore qu'on trouve cette doctrine exprimée formellement dans les écrits de Louis XIV, cette doctrine était surtout intéressante pour le roi parce que cela lui permettait de prendre des mesures fiscales et le roi s'est beaucoup plus occupé ici de fiscalité que de doctrine, et quand il a posé des principes doctrinaux, ce n'était pas au fond pour arriver à une directe royale universelle, ce dont il n'avait en réalité cure. Il posait le principe de façon à pouvoir demander des finances à ses sujets, de façon à pouvoir se faire payer toute reconnaissance d'alleu faite par la Chancellerie. Voilà comment peut se résumer la politique royale.

Intérêt fiscal du principe

L'ordonnance de 1689 pose le principe de la directe univer- selle

La première ordonnance sur cette question est une ordonnance de 1689, au moment de l'affaire de Bordeaux dont je vous avais parlé tout à l'heure. Le roi a posé alors purement et simplement le principe de l'anti-allodialité universelle, dans un but fiscal. Voici comment s'exprime l'article: "Tous héritages relevant de "nous en pays coutumier ou de droit écrit, sont tenus "et sujets au droits de lods, ventes, quint et autres "droits ordinaires selon la condition des héritages "et coutumes des lieux. Et sont tous héritages ne re- "levant d'autres seigneuries censées relever de nous, "sinon pour tout ce qui dessus et que les possesseurs "des héritages fassent apparition de bons titres qui "les en déchargent". Toutes les terres sont donc présumées fiefs ou censives si elles ne sont pas déjà reconnues comme fiefs ou censives d'un seigneur particulier, elles seront présumées telles et elles ne pourront par conséquent échapper au droit de lods et vente et aux autres droits que si elles ont un titre particulier. Vous comprenez que si le roi posait ce principe, c'était de façon à pouvoir réclamer des droits de lods et ventes, quint ou requint de la part d'un certain nombre de personnes. Néanmoins ceci posait le principe du roi souverain fief du royaume et cela pouvait aller très loin comme conséquence: c'était bien en réalité l'application de la doctrine de la

directe universelle du roi.

Résistance des
Parlements allo-
diaux

Seulement, il y a une résistance formidable, tous les parlements allodiaux ont résisté: Dijon, Grenoble, Toulouse, Bordeaux, Paris, pour les pays allodiaux, ont résisté, et ils l'ont fait avec des arguments qui étaient généralement à peu de chose près, les mêmes. On invoquait quelquefois les libertés de la province reconnues par le roi au moment de l'union à la couronne. C'est par exemple ce que disait le Parlement de Grenoble. D'autres se contentaient quelquefois de dire: nous n'avons jamais jugé comme cela, nous continuerons à juger comme par le passé, nonobstant le bon plaisir du roi. C'était le plus souvent la formule, il y avait des phrases, puis on arrivait à dire: nous continuerons à juger comme nous avons coutume de juger et c'était fini.

Dans cette ré-
sistance le
roi cède

Ce qu'il y a de plus curieux c'est que l'autorité royale a cédé partout. Galland a fait à ce moment là son traité sur les francs-alloix de façon à prouver que le roi avait en effet une directe universelle. Mais le roi n'en a pas moins reconnu successivement le caractère allodial de chacune des coutumes qui étaient jusque là allodiales, et cette ordonnance est restée lettre morte, et Louis XIV lui-même a reconnu qu'elle était lettre morte.

L'édit de 1641
reste lettre
morte

Il y a eu ensuite en 1641 un édit royal intervenu à nouveau et qui a dit "Tous les possesseurs de terres nobles ou roturières seront tenus de prendre des lettres de nous et de nous finances à cet effet". Pas d'alloix sans titres, tous ceux qui voudront que leurs terres soient considérées comme allodiales devront donc demander à la Chancellerie de leur remettre un titre et ils payeront finances pour obtenir ce titre. C'était assez adroit de la part de la royauté, cela posait le principe de la directe royale universelle. Cela pouvait attirer les particuliers qui pouvaient se dire: de façon à ne jamais être contrariés ni inquiétés, nous allons aller demander à l'autorité royale un titre et nous serons ensuite tranquilles. Et par le fait qu'ils allaient demander ce titre, ils reconnaissaient eux-mêmes le principe de la directe royale universelle. Puis enfin et surtout c'était le moyen de se faire de l'argent. Mais le roi avait affaire à des parlements qui étaient composés de gens clairvoyants qui ont parfaitement vu quelle était la pensée du roi et qui ne se sont pas laissés jouer. Les parlements ont protesté, le Parlement de Bourgogne a si bien protesté qu'on a dû l'écartier expressément. Le Parlement d'Auvergne a protesté et Louis XIV, en 1692, a dû déclarer que l'édit de 1641 n'avait obtenu aucune espèce d'effet.

En 1657, nouvel édit exactement du même genre, invitant aussi les particuliers à venir demander des finances pour établir leur droit à l'allodialité et pour que le roi puisse ainsi manifester sa bienveillance et sa bonté, sa libéralité vis-à-vis de ses sujets. Les sujets n'ont pas voulu de cette libéralité payée, ils ont protesté, les mêmes parlements ont protesté et il y a même eu des parlements comme celui de Bourgogne dans lesquels on n'a même pas envoyé l'édit.

Puis alors, il y a plusieurs tentatives du même genre - plusieurs édits qu'on envoyait et qu'on n'enregistrait pas.

L'Edit de 1692 pose à nouveau, en termes précis le principe de la directe universelle.

En 1692, est intervenu un édit célèbre et qu'il faudra retenir (Je vous demanderai de retenir ces deux dates 1629 et 1692, ce sont les deux édits les plus importants; Celui de 1692 est si important qu'on pourrait en demander la date dans un examen de licence). C'est dans le préambule de cette ordonnance que le roi a posé de la façon la plus nette et la plus claire le principe de la directe royale universelle. À partir de ce jour là, les légistes, les publicistes favorables au régime anti-allodial ont pu se servir d'un texte royal qui allait dans leur sens. Ce texte est extrêmement précis. Le préambule a l'air d'une arme terrible contre les alleux, mais ensuite dans le dispositif on ne trouve qu'une vague tentative d'obtenir encore un peu d'argent. Voici ce préambule: "L'application contientinuelle que nous avons à rechercher dans toutes les parties de notre domaine qui ont ci-devant été aliénées ou usurpées nous ayant fait connaître que nous n'avons point de droit ni mieux établi ni plus inséparablement attaché à notre couronne que celui de la mouvance et directe universelle que nous avons sur toutes les terres de notre royaume.....". Remarquez qu'il y a dans cette phrase deux principes: l'inaliénabilité du domaine d'abord, la directe universelle ensuite. "Nous avons en même temps remarqué qu'il y a en grand nombre tant de nobles que de roturières, lesquelles sont possédées en franc-alleux sans avoir pour ce aucun titre de nous, communément provenues d'affranchissements qui ont été accordés par les seigneurs suzerains ou de l'intelligence qu'ils ont eue à se faire rendre les hommages passés et reconnaissant qu'ils leur étaient dus par leur vassaux et censitaires, au moyen de quoi ils ont prétendu avoir prescrit leur liberté".

L'affranchissement par un seigneur ne peut préjudicier aux droits du roi.

Il s'élève donc contre ceci: des seigneurs ne peuvent pas faire des alleux, ils peuvent libérer les terres pour eux-mêmes, mais par le fait même qu'ils suppriment leur domaine direct à eux, ils rapprochent le domaine du roi et ils ne peuvent pas faire que

cette terre ne soit dans la directe universelle du roi. Et de plus, vis-à-vis du roi, on ne peut pas prescrire sa liberté, inaliénabilité du domaine, "laquelle cependant ils n'ont pu ni dans l'un ni dans l'autre cas acquérir à notre préjudice, le seigneur suzerain n'ayant pas pu prejudicier à nos droits en affranchissant son vassal, lequel au contraire a dû retomber dans notre main comme seigneur suzerain (comme seigneur supérieur), et la prescription que le vassal prétend pouvoir acquérir contre son seigneur quand il le prétendrait avec justice ne peut pas avoir lieu contre nous". Vous voyez le principe posé, c'est tout à fait l'application des principes que j'indiquait tout à l'heure comme étant les principes généraux.

Mais voyons maintenant ce qu'il y a derrière ce préambule: un dispositif nul: "Voulant traiter favorablement tous les possesseurs de tenures existant en France, nous décidons que tous les alleux, tant nobles que roturiers devront payer finances pour établir leurs titres. Nous établissons ensuite que ceux qui auront sous-inféodé leurs alleux et qui auront ainsi fait d'alleux roturiers des alleux nobles seront devenus des fiefs."

S'il tirait les conclusions de cette idée: vos alleux roturiers sont devenus des fiefs, il devrait dire: vous allez payer les lods et ventes, il se contente de dire: vous paierez un dixième du revenu, et après cela vous aurez un titre définitif et vous pourrez inféoder.

Enfin, dernière partie du dispositif: "L'ordonnance ce ne devra pas être appliquée en Languedoc et elle ne devra pas être non plus appliquée dans les autres pays allodiaux qui en feront la demande". Bien entendu, les pays allodiaux ont déclaré qu'ils ne voulaient pas appliquer, et ce beau préambule est resté à peu près lettre morte, le roi a obtenu un peu d'argent, c'est tout. Et pendant le XVIII^e siècle, même politique, mêmes efforts pour obtenir un peu d'argent, même hésitation à se lancer à fond dans cette question, et par conséquent si le principe de la directe royale universelle a été posé, pratiquement il n'y a jamais eu d'autre résultat que de donner quelques marges ressources de temps en temps à la royauté.

Ce dernier Édit resta lui aussi à peu près lettre morte. Le principe de la directe royale n'eût aucun résultat pratique

LES FIEFS ET LES CENSIVES DEPUIS L'EPOQUE
DES GLOSSATEURS JUSQU'AU MOMENT DE LA REVOLUTION .

Abondance des textes en cette matière

Les fiefs depuis les glossateurs jusqu'à la Révolution sujet extrêmement vaste ! Il faudrait traiter beaucoup de questions et là encore il y aurait un écueil; la surabondance de la documentation. L'abondance est grande au XIVème siècle, et cela devient de la suproduction à l'époque du XVIIIème siècle. C'est ainsi qu'au moment même de la Révolution française, nous avons deux ouvrages qui étaient en train de paraître, le traité de Hervé sur les matières féodales, traités en 8 volumes in-douze, dont six seulement avaient paru au moment de la Révolution; l'ouvrage d'Henrion de Pensay, monument peut-être le plus important sur cette question de la propriété féodale, date de 1789. Du reste, il y a, en dehors même de ces ouvrages qu'on peut appeler les ouvrages scientifiques, des ouvrages qui se proposent un but moins désintéressé. Il y a eu alors une extrême abondance de littérature dans le genre de celle de Lapoix de Fréminalville qui se proposait de rechercher les moyens grâce auxquels les seigneurs pourraient demander à leurs vassaux, à leurs censitaires ou leurs tenanciers d'une façon générale, encore plus de droits qu'on en avait demandés jusque là. Cette matière féodale était essentiellement contentieuse. Les vieux principes féodaux étaient loin; certains tenanciers avaient intérêt à conserver, à augmenter leurs propriétés, leur indépendance sur leurs tenures; d'autre part, certaines personnes avaient un domaine éminent et entendaient en tirer profit, de sorte que c'était la matière de chicanes par excellence, tellement qu'on peut constater comme une nuance entre les cahiers des villages et les cahiers des bailliages en 1789. Dans les cahiers des villages, rédigés par les curés, sous la dictée des paysans, on demande avec une extrême énergie l'abolition du régime féodal. Je ne sais même pas si dans un seul cahier de villages on trouve une question de droit constitutionnel, la moindre préoccupation de savoir s'il faut conserver un roi absolu ou une monarchie tempérée, cela leur est complètement égal, une seule chose les intéresse: suppression des droits seigneuriaux. Quand on arrive aux bailliages, la note change déjà. Evidemment les cahiers des bailliages doivent être rédigés d'après les cahiers des villages, et par conséquent on ne peut pas escamoter cette question des droits seigneuriaux. Puis, dans les bailliages,

Cette matière donnait lieu à des chicanes nombreuses

Les cahiers des villages réclament l'abolition des droits féodaux

Les cahiers de bailliages rédigés par des avocats sont moins formels

s'était tout de même des roturiers, qui rédigeaient ces cahiers, et qui ne tenaient pas beaucoup à ces droits seigneuriaux. Il y avait des droits honorifiques qui les choquaient profondément, mais comme la plupart des gens qui ont rédigé les cahiers des bailliages étaient des avocats ou des procureurs, des hommes de loi, ils ont singulièrement atténué les réclamations des cahiers des villages, car après tout, pour eux, si, personnellement, en tant que détenteurs de la terre ou en tant que non nobles ils avaient un certain intérêt à la suppression de ces droits seigneuriaux, en tant que procéduriers ils en vivaient.

Ces deux tendances se sont combattues et ont successivement triomphé.

Les deux tendances ci-dessus signalées ont donc existé et il ne faudrait pas croire que l'une de ces tendances a pu prévaloir progressivement au cours des siècles; il ne faudrait pas croire que cette tendance du vassal à se considérer comme le propriétaire de son fief a triomphé constamment depuis les glossateurs jusqu'en 1789. En réalité il y a eu des moments où ils ont eu plus ou moins de satisfaction.

Efforts des seigneurs contre les vassaux après la guerre de cent ans, provoqués par la détresse financière Atténuation des réclamations. Elles sont en recrudescence à la veille de la Révolution

Immédiatement après la guerre de Cent ans, il y a eu un effort contre les vassaux de la part des seigneurs, effort pour essayer d'augmenter les droits des seigneurs parce qu'il y avait une crise économique. Bien entendu, on diminuait les droits à cause de cette crise, mais on cherchait à les percevoir en plus grand nombre. Il y avait diminution du montant de chaque droit et un effort pour augmenter le nombre des droits qu'on pouvait percevoir. Ensuite, période de prospérité et certaines atténuations de ces réclamations des seigneurs supérieurs. Puis au XVIII^e siècle, il y a des efforts immenses pour reconstituer les droits seigneuriaux, efforts qui devaient être la cause principale de la Révolution.

Il n'y a donc pas là quelque chose de continu au cours des siècles. Il y a eu à ce point de vue de grosses différences entre les coutumes, il y avait des coutumes du Midi dans lesquelles la féodalité tombait, des coutumes normales ou bretonnes dans lesquelles la féodalité est beaucoup plus forte. Dans la région de Paris, il y avait de très grosses différences, entre, par exemple, Paris ou la propriété féodale n'était pas très organisée, et le Verin français.

Pour faire une étude complète, il faudrait étudier siècle par siècle et coutume par coutume. Il ne peut en être question. Mais il est bon de noter dans ce que nous allons dire, il y aura évidemment autant de vérités générales que d'erreurs particulières. De plus tout est confus, on n'arrive même pas à définir un fief à cette époque là, cela était facile relativement à définir à l'époque classique de la féodalité.

Difficultés pour définir le fief à cette époque

Mais ensuite le vassal n'avait plus ses devoirs personnels vis-à-vis du seigneur qui permettait de préciser la nature du fief. L'hommage lui-même n'était plus indispensable, et alors quand il s'agissait de savoir ce que c'était qu'un fief, les auteurs étaient en général assez embarrassés. Beaucoup d'auteurs donnaient du fief une définition toute superficielle, extérieure, sans chercher à pénétrer la nature foncière de l'institution, et de la sorte, ils arrivaient à dire des choses exactes, mais très peu précises. Voici par exemple, une définition que je trouve dans le chapitre 2 du traité des fiefs de Poquet de Livonière qui s'occupait surtout de son pays, l'Anjou: "le fief "est un héritage ou un droit réel assis sur un héritage, tenu d'un seigneur à foi et hommage, à la charge de certains devoirs réglés par l'acte d'inféodation ou par la coutume des lieux et dont le possesseur "a ou peut avoir sous lui d'autres vassaux ou sujets". Voilà évidemment une définition qui n'est pas très compromettante. Je ferai remarquer cependant le mot héritage ou droit réel : ici il y a l'écho d'une controverse. Certains juristes disaient: le fief c'est ce que l'on tient d'un seigneur supérieur; on peut en disposer comme on veut, il suffit de rendre hommage au seigneur supérieur de ce que l'on a reçu de lui, sans avoir à lui dire ce qu'on en a fait.

Dans ces conditions là, le fief devient une espèce de figuration, quelque chose qui n'existe plus en réalité. Vous rendez hommage pour un certain nombre de droits réels que vous possédez sur des terres.

Dans un autre système, on a dit que les fiefs "en l'air" (c'est-à-dire fiefs qui n'avaient plus de réalité) n'étaient pas possibles, et qu'il fallait conserver en sa possession directe et personnelle une partie du fief pour en faire hommage au seigneur supérieur.

D'autre part on dit: le fief c'est ce pourquoi on fait hommage. Et alors on a des devoirs qui sont réglés par l'acte d'inféodation ou par la coutume. Cela ne va pas très loin. C'est nous donner une définition dans laquelle on ne sait plus quelle est la réalité qui se trouve derrière.

Cette définition de Poquet de Livonières est celle de Ferrière dans son glossaire, celle de Denisart dans sa collection de jurisprudence, celle de La Poix de Frémainville dans sa pratique des terriers ou dans son dictionnaire. C'est une définition assez courante, à peu près la même partout, très vague.

Mais quelques auteurs se sont dit qu'une définition pareille ne voulait rien dire, et ils ont essayé de pénétrer la nature du fief. Les juristes à pensée

Le vassal peut-il faire hommage pour un fief dont il a antérieurement disposé?

(fiefs en l'air)

Pour d'Argentré le contrat de fief comprend l^e) des éléments essentiels (domaine direct et utile, fidélité gratuite).

2^e) des éléments naturels qui sont présumés exigés sauf convention contraire (ex. l'hommage)

3^e) des éléments purement accidentels (rentes inféodées)

vigoureuse des XVI^e, XVII^e et XVIII^e siècles, comme d'Argentré, Dumoulin et plus tard Henrion de Pensay ou même Pothier vont essayer de donner une définition plus pénétrante du fief. D'argentré dira : pour le fief il faut distinguer entre les éléments essentiels, les éléments naturels et les éléments accidentels. Ce qui est dans l'essence du fief, c'est : 1^e) l'existence d'un domaine utile et d'un domaine direct. 2^e) L'existence d'une certaine fidélité. 3^e) la gratuité de la concession. Ce dernier élément est spécial à la coutume de Bretagne et d'Argentré ne le considérait pas comme essentiel d'une façon générale.

Ensuite il y a des éléments naturels du fief, c'est à-dire des éléments qui font généralement partie du fief, qui doivent faire partie du fief si ils n'ont pas été expressément exclus, et qui font partie du fief d'après le droit des gens féodal, si j'ose dire, d'après l'ensemble des coutumes de droit commun coutumier. Cet élément naturel mais non pas essentiel c'est l'hommage.

Et puis enfin, il y a des éléments qui sont purement accidentels, c'est-à-dire que ce sont les éléments ajoutés au contrat de fief primitif par des conventions particulières et spéciales, telles que par exemple, l'existence de rentes inféodées.

Voilà la définition qu'il en donne. Seulement cette définition encore qu'elle essaye d'être pénétrante est peu précise. Il y a déjà ceci d'extraordinaire : l'hommage est un élément naturel, il n'est pas un élément essentiel du fief, le fief peut exister sans hommage. Et l'on a pratiquement dans ce système deux éléments essentiels du fief, l'existence d'un domaine direct et d'un domaine utile et une certaine fidélité.

Or, si on essaye de comprendre cela, d'un point de vue juridique, et non plus historique, je crois qu'on aura bien du mal. Je comprends qu'on ait un domaine direct et un domaine utile. Mais que vient faire le deuxième élément essentiel, la fidélité ? Ces deux termes sont comme exclusifs l'un de l'autre. Si vous avez un domaine direct et un domaine utile, un domaine utile tellement fort que l'hommage n'est pas nécessaire, pourquoi cette fidélité ? Elle devient alors la condition de cette jonction entre les deux domaines direct et utile, c'est le lien qui les unit, mais pourquoi les unit-il au point de vue juridique ? Comment les unit-il ? Cela devient très difficile à saisir et à comprendre.

Ensuite, ce qui prouve que cette définition n'est pas parfaite c'est que Dumoulin a lui aussi donné une définition du fief dans laquelle il y a deux parties.

l'une qu'on répète partout parce qu'elle est claire et ne veut pas dire grand chose, et puis une autre partie qu'on se garde de reproduire généralement parce qu'elle devient beaucoup plus difficile à comprendre et c'est précisément dans cette deuxième partie, moins compréhensible et parfois en contradiction avec d'Argentré, que Dumoulin essaye de pénétrer dans l'essence de la chose.

La définition du Dumoulin: elle est très large

En précisant, il se trouve en contradiction avec sa définition; seule la fidélité serait essentielle.

Pourquoi cette fidélité si le domaine direct n'est pas compris comme élément essentiel?

Il commence par cette définition qui va très bien "Le fief est une libre, bienveillante et perpétuelle concession d'une chose immobilière, ou de quelque chose d'équivalent à une chose immobilière avec la translation du domaine utile en retenant la propriété sous des obligations de fidélité et de services". Mais, ajoute-t-il : "Cette définition est celle qui convient généralement", mais il va ensuite essayer de pénétrer plus intimement dans l'institution et va nous dire, à peu près comme d'Argentré: il y a des éléments essentiels, des éléments naturels et des éléments accidentels. Des éléments essentiels, il n'en retient qu'un seul, la fidélité. Il ne retient plus l'existence d'un domaine direct et d'un domaine utile. Notons tout de suite la contradiction qu'il y a entre cette analyse qu'il essaye de faire pénétrante et la définition omnibus qu'il donnait précédemment. Dans la définition que je viens de vous donner, nous voyons la translation du domaine direct avec rétention de la propriété. Mais maintenant il nous dit: l'essence c'est la fidélité, l'hommage n'est pas l'essentiel et la propriété elle-même du seigneur éminent n'est pas essentielle. Si la propriété, qui est un certain droit réel du seigneur éminent, c'est plus essentiel, je ne vois pas ce que cette fidélité vient faire. Fidélité pourquoi, vis-à-vis de qui ? Nous avons alors une terre sur laquelle on a fait une espèce d'impression, si j'ose dire, de fidélité, qu'on a tenue à fidélité, mais à fidélité pourquoi ? Cette fidélité doit bien entraîner une contre-partie. Alors fidélité à la personne ? Dumoulin a dit: Non ! pas de lien personnel entre un supérieur et un vassal.

Comment expliquer ce système de Dumoulin ? Cela devient très bbscur, très malaisé. Et comme Dumoulin a une très grosse autorité, son opinion a été reprise par pas mal d'auteurs, par Henrion de Pensay qui la répète, à peu près, qui l'explique un peu quelquefois. Cela a été repris par Pothier, mais celui-ci n'a insisté que sur la première phrase de Dumoulin. Encore il a corrigé cette première phrase de Dumoulin, il nous dit: La définition du fief c'est celle que nous donne Dumou-

Pothier, dans un traité de fiefs, traduit la définition de Dumoulin; en supprimant les mots "proprietary retenta".

La pauvreté de ces définitions provient de ce que les institutions avaient vieilli

lin, et il répète le texte de Demoulin, que je vous ai lu tout à l'heure, il nous donne le texte latin et voici comment il le traduit, et vous allez voir que la traduction n'est pas du tout fidèle, en particulier le mot "proprietary retenta" est supprimé: "c'est-à-dire la concession gratuite que quelqu'un fait à personne à un autre, d'une chose immeuble ou réputée immeuble, à la charge de lui en faire la foi et l'hommage et du service militaire, et sous la réserve qu'il fait de la seigneurie directe". Il ajoute, il supprime. En réalité, ce qu'il a voulu supprimer, ce qui a été la raison pour laquelle il n'a pas donné une traduction littérale c'est qu'il ne voulait pas répéter le mot proprietary retenta.

Tout ceci ne contribue pas à clarifier nos idées. Certains donnent une définition en surface, purement extérieure, ils emploieront une formule enfantine et vous diront: Il y a fief quand quelqu'un fait hommage. D'autres essaieront d'aller plus loin et vous diront: le fief c'est la terre qui a un devoir de fidélité. C'est la définition d'Henrion de Pensay, d'après Dumoulin. D'autres vous diront: Un fief, c'est la réunion d'un devoir de fidélité, d'un domaine direct et d'un domaine utile. Voilà ce que l'on peut dire de plus clair comme définition du fief. Mais tout cela laisse beaucoup de questions dans l'obscurité.

Somme toute nous arrivons à des notions qui ne sont pas claires, à des notions obscurcies parce qu'il y avait une survivance historique d'un côté et des transformations telles de l'autre, qu'on ne pouvait plus arriver à expliquer ce qui était.

Il n'est point facile de déterminer le plan à choisir pour cet exposé. Le plan historique est à écartier tout de suite parce que cela entraînerait à des développements trop longs pour le temps qui nous reste. On pourrait songer à étudier: domaine direct, domaine utile, seulement ce plan est trop juridique. M. Grand-claudé a donc pris un légèrement différent, celui qu'il a précédemment utilisé pour l'exposé de la situation du fief au XIII^e siècle, parce qu'il lui permet de revenir à ce qu'il disait là. Nous allons voir d'abord comment se transmet le fief, ou plutôt comment le fief ne se transmet plus pendant cette période, ce qui fera l'objet d'une première partie.

Nous verrons ensuite, dans une seconde partie, comment le vaissal peut faire une aliénation totale de son fief.

En troisième lieu, nous verrons comment il peut faire beaucoup plus aisément qu'autrefois des aliénations partielles sans autorisation du seigneur.

Enfin, je vous dirai quelques mots sur les

droits respectifs du seigneur et du vassal, ou, plus exactement, sur l'idée que les auteurs se sont faite de ces droits (je parlerai surtout ici de Pothier).

1° - Comment se transmet le fief, ou plutôt comment le fief ne se transmet plus.

Le principe ancien: fief viager, ensaisinement obligatoire

Autrefois, c'était simple, en tout cas c'était logique; nous avions un principe bien simple: le fief étant viager, le seigneur devait ensaisiner le vassal chaque fois qu'il y avait un changement dans la personne du vassal ou du seigneur. Par conséquent, l'hommage était absolument indispensable pour donner la saisine au vassal, et il y avait saisie féodale si l'hommage n'était pas fait. Il y avait commise si on désavouait le seigneur. Le démembrement était indispensable comme suite de l'hommage, et il y avait saisie féodale si le démembrement n'était pas fait. Le relief devait être payé et il y avait saisie féodale si le relief n'était pas payé.

Tout ceci est bien simple et vous vous rendez bien compte du mécanisme ancien pour qu'on puisse entrer en possession du fief. Toutes ces institutions de l'hommage, du désaveu, du démembrement et du relief se tenaient, faisaient un bloc.

De plus cet ensaisinement par le seigneur devait être fait à toute mutation, à tout décès, à toute aliénation, à toute donation. Et pour maintenir cette unité du fief, on avait été amené à instituer un droit d'affinité et des institutions telles que le parrage et le frérage.

Mais nous arrivons à quelque chose de très différent. Déjà, au moment des glossateurs, il y avait eu dans ce système logique quelques phases où le droit de relief n'était pas du en ligne directe, et où l'héritier en ligne directe d'un vassal défunt pouvait même conserver le fief jusqu'à ce qu'il en ait fait hommage, en vertu du principe que le mort saisif le vif. C'étaient là évidemment déjà des institutions qui allaient contre le pur régime féodal.

Mais nous arrivons maintenant à quelque chose d'absolument différent. Autrefois le seigneur ensaisinait le vassal chaque fois qu'il y avait une mutation de vassal, maintenant le vassal a la saisine de son fief, il a, si vous voulez, la propriété de son domaine utile, et il le transmet librement parce qu'il a, pour employer une expression romaine un peut imprécise, si vous voulez le jus abutendi de ce domaine utile, le fief est à lui, il en dispose comme il l'entend, et par conséquent l'hommage ne peut pas avoir comme résultat de l'ensaisiner d'un fief qu'il possède déjà,

A notre époque le vassal a la saisine de son fief

L'hommage n'est pas utile pour ensaisiner

Et cela entraîne la disparition de tous les caractères spécifiques du fief; ils deviennent une réglementation sans raison profonde

Cette réglementation est très discutée. Elle n'est plus qu'une survivance

Le relief non plus que le démembrement ne peuvent pas avoir pour résultat de le mettre en possession d'un fief qu'il possède déjà. Et enfin, la succession n'a plus aucune espèce de raison de suivre des règles particulières, puisque le fief est patrimonialisé et qu'il n'y a pas de raison de maintenir pour des services n'existant plus une unité du fief. De sorte que l'hommage, la saisie à l'occasion de l'hommage, le désaveu la commise à l'occasion du désaveu, le démembrement, la saisie à l'occasion du démembrement, le relief, la saisie à l'occasion du relief, les règles spéciales de succession au fief, tout cela va devenir autant d'institutions autonomes, autant de particularités sans liens nécessaires entre elles. On va dire: le fief doit l'hommage; le fief risque une saisie; le fief paye une succession d'une certaine manière, particulière pour lui. Tout cela va devenir non pas la conséquence de l'institution du fief, mais une série de réglementations de détail autour de cette terre qu'on appelle le fief. Cela va donc devenir de la réglementation et cesser d'être de la logique institutionnelle. Evidemment tous ces auteurs des XVII^e et surtout XVIII^e siècles ont des souvenirs historiques ils savent bien à quoi cela a correspondu autrefois; et par conséquent, il y aura sous la pression des vassaux d'une part, des efforts pour faire tomber ces institutions et d'autre part sous la pression quelquefois de certains juristes aimant l'archéologie, et surtout sous la pression des seigneurs directs un effort pour conserver les institutions. Nous aurons d'autre part des variétés de coutumes, et par conséquent, nous allons tomber dans une réglementation horriblement compliquée, sans lien précis et sans quelque chose de très logique. Nous allons assister, si vous voulez, à des espèces de chocs, de contre-chocs entre des conceptions différentes.

Je vais donc vous inviter à étudier avec moi chacune des particularités de les terres qu'on appelle des fiefs: l'hommage, la saisie, le démembrément, le relief, la saisie à l'occasion du relief, le désaveu et les règles successorales. Cela fait un programme assez étendu et ne peut pas avoir d'intérêt juridique véritable, puisqu'il s'agit de présenter les survivances et non pas des institutions vivantes et logiquement ordonnées.

Il n'existe plus de lien personnel entre seigneur et vassal

L'hommage. - Qu'est-ce à cette époque que l'hommage ? Dumoulin nous dit avec force qu'il ne faut pas croire que l'hommage a pour résultat de créer un lien personnel entre un seigneur et un vassal. Un lien personnel de fidélité existe entre le roi et ses sujets,

L'hommage est une fidélité d'une terre vis-à-vis d'une autre

Le vassal a la possession sans hommage pendant un certain temps

mais une obligation personnelle entre un vassal et un seigneur, cela n'existe pas, ce serait anticonstitutionnel. L'hommage c'est simplement, nous dit-il, le signe de la fidélité d'une terre vis-à-vis d'une autre terre, fidélité qui existe indépendamment de l'hommage et par conséquent l'hommage n'est pas nécessaire. Du moulin insiste sur ce fait que l'hommage n'est pas indispensable. Et il est incontestable pour toutes les coutumes que le vassal peut parfaitement conserver la terre sans faire l'hommage. Dans les quarante jours où il est devenu le maître du fief, soit par succession, soit par achat, le vassal doit faire l'hommage mais s'il ne le fait pas, il peut conserver le fief. Bien plus, s'il conserve ainsi le fief sans faire hommage, le seigneur doit l'inviter à faire hommage, il doit même l'inviter sous forme judiciaire, par autorité de justice. C'est logique, mais c'est encore en contradiction avec l'historique ancien. Il devra le sommer de faire hommage dans les 40 jours. Par conséquent, lorsqu'un vassal est entré en possession d'un fief, il peut toujours le conserver pendant au moins 80 jours avant d'être obligé de faire l'hommage, 40 jours de délai pour lui, et 40 jours ensuite après que le seigneur l'aura invité à faire hommage.

Mais qu'est-ce que c'est que l'hommage ? Ici les auteurs sont en général assez embarrassés. J'ai regardé deux ouvrages, deux dictionnaires. Dans le dictionnaire de Ferrière et dans la collection de jurisprudence de Denisard. Dans Ferrière voici ce qu'on lit au mot hommage : Il nous donne d'abord la définition ancienne de l'hommage, avec cependant ceci de particulier qu'il n'insiste pas sur l'idée de fidélité personnelle, cependant il indique qu'il y a une subordination d'un homme vis-à-vis d'un autre. Mais il ajoute : cet hommage ancien, cet hommage-subordination ne peut être fait qu'au roi seul, et vis-à-vis du roi seul il peut y avoir une soumission d'un homme, une obligation d'homme à homme. Par conséquent, nous dit-il, pour ne pas faire de confusion, pour qu'on n'introduise pas dans l'hommage l'idée de lien personnel et de fidélité personnelle, évitez le mot hommage et servez-vous du mot fidélité, ou au moins du mot fidélité et hommage. Et ce mot fidélité et hommage, voici ce que cela signifie : cela ne veut pas dire fidélité, cela veut dire acte respectueux vis-à-vis du seigneur. Cela veut dire encore reconnaissance qu'on tient de lui. Cela veut dire, troisième définition (c'est je crois celle qu'il préfère) "soumission à laquelle les coutumes ont voulu assujettir les vassaux vis-à-vis de leurs seigneurs".

Et puis, au iot foi et hommage, Ferrière nous

dit: acte solennel qui se rend sans prestation du serment.

Denisard, au mot foi et hommage donne une définition qui est un petit peu plus satisfaisante: une reconnaissance solennelle faite par le vassal à son seigneur de sa seigneurie directe à cause du fief que le vassal possède dans la seigneurie de ce même seigneur

Si, d'autre part, on se reporte aux formes de l'hommage, (très souvent d'ailleurs, au lieu de donner une définition de l'hommage, on nous dit: c'est ce qui se fait dans telle ou telle forme). Si donc on considère les formes, elles ont beaucoup varié et je vais simplement vous indiquer quelles ont été les formes de l'hommage qui semblent résulter de deux textes de la coutume de Paris.

L'art. 2 de l'ancienne coutume de Paris nous dit ceci: "Quand aucun fief échoit par succession de père, mère, aîné, ou aïeule, il n'est dû au seigneur féodal du dit fief par les descendants en ligne directe que la bouche et les mains, avec le serment de féauté, quand les dits père, mère aïeul ou aïeule ont fait payer les droits en leur temps, et ce, non compris les fiefs qui relèvent et se gouvernent selon la coutume du Vexin français".

Cet article est intéressant parce que Dumoulin l'a commenté et il nous dit: Il y a deux éléments dans ces formes de l'hommage. La féauté d'une part, et d'autre part la bouche et les mains. Remarquez qu'ici il y a une erreur: nous avons étudié en conférence l'élément de l'hommage et nous avons vu que certainement l'osulum avait une signification de fidélité, quelque chose de différent des mains qui était un signe de dépendance, et on nous rapproche osculum et mains, bouche et mains. Il nous dit d'ailleurs: Féauté, qu'est ce que cela veut dire ? C'est quelque chose qu'on peut accepter, parce que évidemment il y a dans l'essence même du fief une fidélité, une fidélité de la terre à la terre, et on peut ainsi manifester la fidélité de la terre à la terre. Mais cependant ce serment de féauté n'est pas nécessaire, il n'est pas utile, parce qu'il n'existe aucun lien personnel entre le seigneur et le vassal. Il n'y a qu'un lien réel de fidélité et ce lien réel de fidélité de terre à terre, il existe qu'on fasse la féauté ou qu'on ne la fasse pas.

De plus, la question de bouche et de mains, apparaît à Dumoulin comme extrêmement critiquable: la bouche parce qu'est inconvenant, nous dit-il. Et la main qu'il rapproche, qu'il considère comme faisant partie du même céromonial extérieur, c'est critiquable pour des raisons beaucoup plus graves: on donne les mains à genoux indiquant une idée de dépendance, or cette

L'ancienne coutume de Paris exige "la bouche et les mains" dans la cérémonie de l'hommage

Pour Dumoulin il n'y a qu'un lien de fidélité: celui de la terre à la terre

Dumoulin critique "la bouche et les mains" parce qu'impliquant une idée de dépendance

dépendance personnelle n'existe pas. On peut être homme du roi, on ne peut pas être homme d'un seigneur dont il faut supprimer cet élément "bouche et mains". Quant à l'autre élément il n'est pas nécessaire. Mais ce qu'il critique surtout c'est le fait de se mettre à genoux.

Dumoulin n'est du reste pas le seul à formuler des critiques de ce genre. Poquet de Livonière dans le traité des fiefs de la coutume d'Anjou, dit la même chose. Il nous dit: cet hommage est complètement inutile, de plus il est choquant, parce que quelquefois, surtout en Anjou, il y a des hommages à formes humiliantes. Quelquefois, en effet, on obligeait le vassal, par exemple, à courir devant son seigneur, ou bien à chanter devant lui, ou bien à se présenter dans une attitude ridicule. Et songez que parfois le vassal pouvait être gentilhomme et le propriétaire du fief un non noble, dans ce cas ceci devenait quelque chose d'inqualifiable et d'impossible. Il fallait alors supprimer l'hommage si c'était un non noble. Quand il s'agissait de ces cérémonies ridicules, il fallait qu'on permette à ce gentilhomme d'envoyer à sa place un mandataire, mais qu'il n'y aille plus lui-même.

Et puis, il ajoutait: ne nous montrons pas trop chicaniers là-dessus, il ne faut pas un sentiment de dignité excessive.

Il y a eu peut-être une certaine satisfaction accordée à ces critiques contre les formes de l'hommage, car l'art. 63 de la nouvelle coutume de Paris qui a paru après les critiques de Dumoulin, nous dit: "le vassal, pour faire la foi et l'hommage et ses offices à son seigneur féodal est tenu d'aller vers le dit seigneur au lieu dont est tenu et mouvant le fief, et ayant demandé si le seigneur est au lieu, et s'il n'est pas au lieu s'il y a quelqu'un pour le remplacer. Et ceci fait, il doit mettre un genou en terre, nue tête sans éperons ni épée, et dire qu'il lui porte et fait la foi et hommage qu'il est tenu de lui faire à l'occasion du fief mouvant de lui, et déclarer à quel titre le fief est mouvant".

Ici donc, plus de bouche et mains, plus de véritable féauté, simplement cette affirmation qu'on tient le fief de lui à l'occasion de telle chose. Il y a là une semi satisfaction accordée, mais l'agenouillement subsiste.

De plus, les formes de l'hommage ont été exigées avec une sévérité de moins en moins grande, et en particulier lorsqu'on a admis que l'hommage pouvait être fait au seigneur hors la présence du seigneur. On va au lieu accoutumé pour faire l'hommage. Si à ce lieu

Difficulté quand le gentilhomme portait hommage à un non noble

La coutume réformée maintient l'hommage, mais adoptant les critiques de Dumoulin, supprime la bouche et les mains

Relâchement des formes de l'hommage

Hommage en
l'absence du
seigneur

accoutumé il y a un manoir, on appelle le seigneur. Si le seigneur n'est pas là, cela n'a aucune espèce d'importance pourvu qu'on l'ait appelé trois fois. On s'en va ensuite remettre un papier notarié constatant qu'on est venu, au plus proche voisin. S'il n'y a pas de manoir du tout, s'il n'y a pas de seigneur, s'il n'y a plus rien du tout, si c'est un terrain vague, on y va puis on remet un papier (Il y avait d'autres coutumes qui prévoyaient alors l'hommage au verrou).

Les formes enfin n'étaient plus exigées, parce qu'elles ne correspondaient plus à rien du tout.

Il convient cependant, à propos de ces formes de l'hommage, de remarquer que quelque chose a totalement disparu de l'hommage, c'est l'investiture symbolique: plus jamais le seigneur n'aura à investir symboliquement le vassal du fief. Cette investiture symbolique signifierait que le seigneur concède la saisine du fief au vassal, alors que ce vassal a en lui-même, pour lui-même cette saisine, et par conséquent l'investiture symbolique a partout complètement et totalement disparu et Dumoulin insiste sur cette idée.

Dumoulin précise que le seigneur n'investit pas le vassal, en France

Dumoulin, dans la glose 3, nombre 17 de l'art. 3 de l'ancienne coutume de Paris, nous dit: il y a des pays hors de France, comme par exemple ceux régis par les libri feudorum, où le seigneur investit le vassal du fief, mais chez nous, jamais le seigneur n'investit le vassal du fief, il n'a pas à le faire, la propriété du fief n'est pas à lui, c'est au vassal, et par conséquent l'hommage n'a pour résultat en aucune espèce de façon de donner le fief au vassal. L'hommage est uniquement et exclusivement une espèce de particularité contractuelle, d'obligation qui existe, de charge de la propriété, si vous voulez.

Et Dumoulin dit: il y a sur la même terre deux individus qui ont des droits, celui qu'on appelle le vassal et qui a le droit de jouissance de la terre, à la condition de faire l'hommage et un autre individu ayant sur la terre le droit de jouissance de la terre à la condition que quelqu'un ne lui fait pas fait l'hommage.

On le voit cela devient comme deux droits conditionnels: le droit du vassal non parce qu'il fait l'hommage mais à condition qu'il fasse l'hommage, le droit du seigneur à la condition qu'on ne lui fasse pas l'hommage. Ils ont tous les deux ce droit réel et conditionnel, seulement il y a une condition qui est complètement à la discrétion du vassal, la possibilité pour lui de faire l'hommage.

Voilà comment il essaye de définir la situation

juridique. Nous sommes très loin de l'idée ancienne d'ensaisinement.

La sanction du défaut d'hommage

Nous avons vu quelles étaient les différentes survivances de l'ancien système du fief. Nous avons vu comment à une époque ancienne, l'hommage, l'aveu, le démembrément, le relief et le régime des successions avaient été un tout logique et cohérent, et je vous ai dit que toujours le principe de la patrimonialité du fief avait prédominé. Toutes ces anciennes institutions ne pouvaient plus être que des survivances en contradiction logique avec le principe de la patrimonialité et elles ne pouvaient plus s'expliquer que par l'histoire, si bien que c'était devenu une pure réglementation et qu'il y avait à chaque instant des contradictions si l'on voulait raisonner en pure logique.

Je vous ai parlé de l'hommage, il me reste à vous parler de la sanction du défaut d'hommage.

Je n'ai pas besoin de vous dire que dans le système primitif, cette idée même d'une sanction de défaut d'hommage était une idée inconcevable. Il n'y avait pas à sanctionner le défaut d'hommage dans le système tout à fait primitif puisque le fief était bâillé. Le vassal et le seigneur étaient réunis par un lien personnel et la mort d'une des deux personnes suffisait à briser ce lien. Donc, à ce moment là, d'une façon presque automatique, le fief rentrait en possession du seigneur, redevenait la propriété plein et non divisée du seigneur, jusqu'à ce qu'un nouvel ensaisinement fut fait, créant à nouveau un lieu personnel entre le seigneur le vassal.

Il ne pouvait pas être question à cette époque de sanction du défaut d'hommage. Il n'y avait pas de lien, pas de fief s'il n'y avait pas d'hommage. Mais vous savez que très vite le fief a tendu à devenir héréditaire et à être patrimonialisé, et à partir de ce moment là il y a eu une question de réglementation.

Certaines coutumes plus traditionnalistes que les autres ont toujours considéré qu'il était indispensable au vassal de faire l'hommage pour entrer en saisine du fief, et ont toujours considéré que jusque là le seigneur reprenait le fief. Ce système c'est un système ancien, mais c'est un système en contradiction avec le principe de la patrimonialité du fief. Voici, par exemple, la formule de la nouvelle coutume de Melun, dans son art. 76: "Sitôt que le vassal est "mort, le seigneur féodal peut faire saisir le fief

Dans l'ancien droit la question ne pouvait se poser: le fief n'étant baillé qu'après l'hommage

Certaines coutumes traditionnalistes soumettent la saisine du vassal à l'hommage; elles sont en contradiction avec la patrimonialité du fief.

Dans ces coutumes le vassal obtient mainlevée par hommage dans les 40 jours, faute de quoi, le seigneur fait les fruits siens

"du défunt". Ceci est parfaitement logique, et si on allait jusqu'au bout du principe ou devait dire: si tôt que le vassal est mort, le seigneur reprend la pleine propriété du fief, on nous dit: "peut faire saisir le fief du seigneur. Mais dedant 40 jours après le décès l'héritier me met en devoir (c'est-à-dire accomplit l'hommage, le relief, l'avou, le démembrément) le seigneur ne fait les fruits siens depuis le trépas, ainsi doit l'héritier avoir main levée sans qu'il soit tenu des frais et dépens de la saisine. Toutefois, si dedans les 40 jours l'héritier ne fait son devoir, le seigneur féodal fait les fruits siens depuis le jour de la saisine jusqu'à ce qu'il ait homme". En d'autres termes: au moment du décès du vassal, le seigneur peut reprendre le fief, il peut s'en saisir, mais si dans les 40 jours du décès le vassal nouveau, héritier du défunt, vient faire son hommage, cette saisie prendra fin, bien entendu, et de plus le seigneur devra rendre au vassal faisant hommage, tous les fruits du fief qui auront pu échoi pendant cette saisie. Si au contraire, le vassal laisse passer les 40 jours sans faire hommage, pour le punir le seigneur conservera les fruits qu'il aura pu percevoir pendant cette période. Voilà ce que disait cette coutume.

Défaut de logique du système. Pourquoi le seigneur ne fait-il automatiquement les fruits siens avant l'hommage ?

On fait de la perception des fruits une pure pénalité

Au contraire beaucoup de coutumes, avec celle de Paris, ne permettent la saisie au seigneur que si l'hommage n'est pas prêté dans les 40 jours

Tout ceci n'est pas logique. Ou l'hommage est nécessaire à la saisie et alors je ne comprends pas pourquoi le seigneur n'aurait pas eu tous les fruits siens, que l'hommage ait été fait dans les 40 jours ou non. Si l'hommage est nécessaire à la saisie, le fief redevient la propriété du seigneur et il doit toucher tous les fruits. Si au contraire l'hommage n'est pas nécessaire à la saisie, on ne comprend pas pourquoi dans certains cas le fief pourrait devenir la propriété du seigneur. Il faudrait alors faire de cette perception des fruits, non plus une conséquence d'un certain droit de propriété du seigneur, mais une véritable pénalité. Nous sortons d'un système juridique pour entrer dans un autre. Tout ceci n'est pas logique.

Mais la coutume de Paris, et un très grand nombre de coutumes derrière elle, tranchent la question d'une façon différente. Voici comment s'exprime l'ancienne coutume de Paris, art. Ier: "Par la coutume de la ville prévauté et vicomté de Paris, le seigneur féodal par faute d'hommes, droits et devoirs non faits et non payés, peut mettre en sa main le fief mouvant de lui, et icelui fief exploiter en pure perte et faire les fruits siens pendant la main mise". Vous voyez que dans ce système le seigneur s'il peut saisir le fief du vassal, ne peut le faire que lorsqu'il y aura

Ce système est encore en désaccord avec la patrimonialité du fief, qui impliquerait une saisie pénale après intervention de la justice

Pour Dumoulin la coutume de Paris reconnaît au vassal un droit de propriété conditionnelle. La condition est l'hommage

eu défaut d'homme, c'est-à-dire lorsque le vassal aura laissé passer un délai de 40 jours sans faire l'hommage. Système plus voisin de celui de la patrimonialité, plus éloigné du système ancien, mais pas en parfait accord, cependant, avec celui de la patrimonialité, parce que, d'après lui vous voyez que le seigneur peut prendre les fruits et les garder, qu'il peut le faire sans qu'il soit question dans cet article d'une intervention judiciaire. Or, je vous disais tout à l'heure qu'avec le système de la patrimonialité on ne peut expliquer la prise des fruits que par une idée de pénalité. Il semblerait donc qu'il soit indispensable de faire ici intervenir la justice pour qu'elle puisse par un jugement répressif, autoriser cette prise des fruits.

Cette idée a été soutenue par un très grand nombre d'auteurs qui ont dit: cet article Ier de la coutume de Paris est inexact, parce qu'on ne peut pas se faire justice à soi-même.

Dumoulin par contre est intervenu et a dit: En réalité cet art. Ier de la coutume de Paris est parfaitement explicable, il est logique, d'accord avec le principe de la patrimonialité. Et voici pourquoi: c'est parce que, sur le fief nous avons deux propriétés, la propriété du vassal, celle du seigneur dominant. Et le seigneur dominant, d'après les règles mêmes de la concession, d'après les principes du contrat de fief, a un certain droit sur le fief, un certain droit privé, un certain droit qui est à lui et qui n'est pas du tout à mettre d'accord avec un principe de répression de droit extra-privé. Il nous dit: en pur droit privé, nous avons de par le contrat de fief, un seigneur qui a un droit de posséder, un droit de propriété sur le fief, mais un droit conditionnel; à la condition que le vassal ne fasse pas son hommage, Propriété conditionnelle et qui prend fin au moment où le vassal fait son hommage.

Dans ces conditions là, nous avons deux droits privés de propriété: le droit privé de propriété du vassal conditionnel, soumis à la condition (qui dépend de lui-même) de faire hommage; et un droit de propriété du seigneur conditionnel, mais une condition qui dépend de la pure volonté du vassal, à la condition que ce vassal ne fasse pas hommage. Dans ces conditions là, nous dit-il, c'est en vertu d'un droit de propriété que le seigneur reprend le fief. Il n'y a donc pas besoin de faire pour lui une missio in bonis, pas besoin de faire appel à une autorité judiciaire pour qu'il puisse posséder.

Ce raisonnement de Dumoulin est d'accord avec une idée de patrimonialité.

Cependant, Dumoulin ajoute que, pour plus de précaution, pour éviter des ennuis, des procès, il sera prudent, en pratique, mais non pas nécessaire en doctrine, que le seigneur avant de prendre le fief, de le mettre en sa main, obtienne une lettre de conforté main de la Chancellerie royale.

Ce système n'est pas spécial à Dumoulin, il arrive à rejoindre un certain nombre d'autres coutumes. C'est ainsi que dans la coutume d'Anjou, Poquet de Livonière sans avoir la puissance juridique de Dumoulin, arrive cependant à une solution analogue. Il nous dit: "D'après la coutume d'Anjou, le seigneur peut certainement, sans l'intervention de justice, saisir le fief pour défaut d'homme, mais ce ne sera pas bien prudent, il fera mieux de s'adresser à la justice". Et il ne donne pas de raisons juridiques. S'il avait été plus pénétrant, il serait peut-être arrivé à dire ce que disait Dumoulin. Dumoulin a exprimé ce qui était ce sentiment imprécis de ses contemporains.

L'opinion courante admet, peu à peu qu'il faut un jugement pour opérer la saisie et faire les fruits siens

Mais, l'opinion courante a fini par prédominer, et on a fini par admettre qu'il était indispensable d'obtenir un jugement pour pouvoir faire cette saisie féodale. Certains praticiens sont même allés plus loin, et ils disaient qu'il était nécessaire d'obtenir que des commissaires royaux soient chargés de la perception des fruits, de façon à éviter toute possibilité de difficulté pour le seigneur saisissant. A quoi la majorité répondait: non, les commissaires royaux sont nécessaires lorsqu'un bien est mis sous séquestre, lorsqu'il s'agit de conserver des fruits, parce qu'on ne sait pas à qui ils appartiennent, mais ici il est incontestable que les fruits appartiennent au seigneur, il n'est donc pas indispensable dans ces conditions de faire intervenir des commissaires royaux.

L'ordonnance de 1715. Fief et justice n'ont rien de commun. Le seigneur ne peut de sa propre autorité, saisir le fief. L'autorisation peut être donnée par lettres royales

Cette solution pratique a fini par obtenir une sorte de confirmation officielle, car une ordonnance de 1715 est intervenue et a posé ce principe: fief et justice n'ont rien de commun, par conséquent il est impossible au seigneur de faire lui-même la saisie du fief, il est indispensable d'obtenir une autorisation de justice. Cette autorisation de justice pourra suffire sans lettre de conforté main de la Chancellerie royale, si elle est accordée par des juges royaux. Si elle est accordée par une justice seigneuriale, par celle du seigneur saisissant, par exemple (ce qui pouvait arriver puisque le seigneur saisissant pouvait avoir une justice - les justices seigneuriales ont duré jusqu'en 1789 et Beaumarchais s'en est occupé (Figaro)) il était indispensable alors d'obtenir la lettre de conforté main de la Chancellerie royale.

On n'a pas de précision sur cette question des commissaires royaux saisissant les fiefs. Mais on estimait qu'il était indispensable d'obtenir une autorisation de justice, et que cette saisie était rendue possible par elle; et l'on allait si loin dans cette idée qu'on décida qu'il y aurait prescription de droit au bout de trois ans de saisie, et qu'il serait indispensable alors d'obtenir une nouvelle autorisation judiciaire. Il semblerait donc que la décision judiciaire n'est pas simplement déclarative d'un droit de saisie, mais créatrice d'un droit de saisie. Le principe reçoit donc une pleine application.

L'autorisation judiciaire est créatrice du droit de saisie

Il n'y a pas saisie pénale des fruits seuls il y a réunion des deux domaines en une seule main. La saisie ne portant que sur les fruits est nulle

Cependant, tous les auteurs déclarent - ils ne sont pas du tout logiques, remarquez-le - que lorsqu'il y a saisie féodale, le seigneur réunit les deux domaines utile et direct; ils ne nous disent pas; le seigneur fait les fruits siens par pénalité, mais : les deux domaines sont réunis sur la personne du seigneur, qui acquiert les fruits en vertu d'un droit de propriété. Ceci est en contradiction avec la nécessité d'une intervention judiciaire, et cependant ceci est dit en termes extrêmement précis. Je vais vous citer la formule de Denisart dans sa collection de jurisprudence: "Le seigneur qui veut saisie féodalement doit demander, et l'ordonnance du juge doit lui permettre de saisir le fief relevant de lui et non les fruits de ce fief, surtout lorsque la saisie est faite faute d'homme, parce que si le seigneur saisissait porfite et confisque les fruits du fief saisi, c'est à cause de la réunion momentanée du fief servant au fief dominant, pendant la durée de cette saisie. Cette réunion ne pourrait avoir lieu et ne pourrait se présumer s'il n'y avait que les fruits saisis et non le corps même du fief. M. L'avocat général a établi ce pricis lors qu'un arrêt rapporté au journal d'audiences par lequel la cour a déclaré nulle une saisie féodale des fruits seulement".

Vous voyez comme tout ceci est peu logique. Nous avons un rapprochement du domaine direct et du domaine dominant, et c'est parce qu'il y a cette réunion que le seigneur saisissant va faire les fruits siens, ce n'est pas en vertu d'une saisie, c'est en vertu d'un droit de propriété.

Essayez de mettre tout cela d'accord, vous n'y arriverez pas, et c'est ce que je voulais vous signaler.

Maintenant, une petite question de détail, de réglementation, sur la question de savoir quels sont les fruits qu'on peut saisir. Ce sont tous les fruits, aussi bien les fruits naturels que les fruits civils, aussi bien les fruits naturels que les produits péri-

diques. Par exemple, est-ce qu'on peut saisir une coupe de bois qui ne doit être coupée normalement que tous les dix ans ? Oui, si vous vous trouvez dans l'année où on doit couper. Et ceci est parfaitement logique avec le principe du droit de propriété reconstruit. Cela l'est moins avec la nécessité de justice qui semblerait imputer une autre idée.

La coutume d'Anjou . Le seigneur doit effectivement consommer et ne peut modifier son train de vie

D'autre part, certaines coutumes sont inexplicables en droit, par exemple la coutume d'Anjou. Elle a été, en effet l'occasion de procès nombreux et d'études doctrinaires nombreuses. D'après la coutume d'Anjou le seigneur ne devient propriétaire que des fruits naturels qu'il consomme; ce qui n'aurait pas été consommé au moment où le vassal ferait ses offres de droit, c'est-à-dire offrirait de faire l'hommage, ne pourrait plus être consommé par le seigneur. Cette coutume va même plus loin, elle déclare que le seigneur n'a le droit de consommer que les fruits naturels civils qu'il consomme normalement et naturellement d'après son train de vie; il ne pourrait pas, par exemple, s'il a l'habitude de dépenser dix mille francs par an, en dépenser vingt mille avec ce qu'il a suivi.

Il y a aussi une autre question très importante, et celle-là doctrinalement importante, sur laquelle je n'insiste pas, c'est la question de savoir quels sont les fruits qu'on peut prendre au moment d'une saisie comme celle-là. Je m'explique: un vassal sans avoir obtenu l'autorisation du seigneur a disposé d'une partie des revenus de son fief, par exemple, il a constitué une rente ou un bail à ans. A quoi aura-t-on droit, aux fruits de la terre ou aux rentes du bail ? Question très délicate, opposition entre deux principes: 1°) res inter alios acta, 2°) réunion du domaine direct et du domaine éminent, donc reprise d'après le contrat d'inféodation de ce qui avait été donné au contrat d'inféodation. Ce principe peut jouer, et on invoque aussi la patrimonialité, et par conséquent le droit de disposer. Contradiction entre les deux principes. Ceci a donné lieu à des difficultés pratiques sur lesquelles je n'insiste pas pour le moment, je vous en parlerai à propos du jeu de fief.

Bien entendu, ce droit aux fruits prend fin au moment où les offres sont faites par le vassal, c'est-à-dire où il notifie à son seigneur l'intention de lui faire l'hommage.

Je n'insiste pas davantage sur cette question, vous voyez tous les principes qui se contredisent

L'aveu et le dénombrement

L'aveu et le dénombrement doivent avoir lieu dans des 40 jours

Vous savez que, lorsqu'autrefois un vassal faisait hommage, il devait après l'hommage, faire un acte écrit d'aveu et de dénombrement, aveu dans lequel il reconnaissait qu'il tenait le fief de seigneur, dénombrement c'est-à-dire inventaire dans lequel il indiquait quels étaient les éléments du fief.

Cet aveu et ce dénombrement devaient se faire dans les 40 jours qui suivaient l'hommage. On a maintenu ici la même règle: aveu et dénombrement dans les 40 jours qui suivent l'hommage.

Quelques petites difficultés sur lesquels je n'insisterai pas, déjà propos des mots aveu et dénombrement dans certaines coutumes où nous avions effectivement un aveu dans lequel le vassal reconnaissait tenir du seigneur. Dans d'autres coutumes on disait: patrimonialité, pas d'aveu, seulement dénombrement. Je n'insiste pas vous comprenez les deux systèmes possibles avec les contradictions entre l'histoire et un principe nouveau.

A propos du dénombrement, il est entendu dans presque toutes les coutumes qu'il doit être un acte authentique, généralement notarié, et il est également entendu que le seigneur doit aider le vassal à faire ce dénombrement en lui indiquant quels sont les éléments qui constituent le fief, de façon à ce que si le vassal se trompe, le seigneur puisse l'aider.

Une très grosse question sur laquelle je n'insiste pas, mais dont vous comprendrez toute l'importance: que faut-il mettre dans ce dénombrement lorsqu'il y a eu le jeu de fief? Vous avez un vassal qui a baillé à rente une partie du fief sur lequel il doit l'hommage, que va-t-il faire? Va-t-il faire hommage de la terre qu'il a baillée à rente ou du bail à rente? La question est grosse de conséquences, parce que si le seigneur accepte comme éléments de fief, dans le dénombrement, non pas la terre qui a été baillée à rente, mais seulement la rente que doit cette terre, il ne peut plus considérer comme élément du fief que la rente, il perd la terre. Donc ici, discussion. Quand fallait-il dire que le seigneur avait accepté, par l'acquisition au dénombrement, ce jeu de fief, et quand fallait-il dire qu'il ne l'avait pas accepté? Généralement on pensait ceci: si le vassal dit: je fais aveu de telle rente du par telle terre, la rente ainsi présentée comme un élément de fief était tenue pour reconnue par le seigneur et devenait vis-à-vis du seigneur lui-même un élément du fief. Si on rédigeait d'une façon légèrement différente; et si le vassal disait: je fais aveu de telle terre

Le dénombrement se fait par acte notarié

Difficultés au cas où des terres ont été baillées à rente

sur laquelle il existe un bail, alors dans ce cas c'était la gerre qui vis-à-vis du seigneur faisait partie du fief, ce n'était pas la rente. Vous devinez quel nid à chicane il y avait là.

Voilà donc quels étaient les éléments du dénombrement, c'était établi par l'accord du seigneur et du vassal.

Le seigneur peut accepter ou blâmer le dénombrement

Le seigneur lorsque le dénombrement lui était présenté pouvait faire plusieurs choses. Il pouvait accepter formellement dans les quarante jours, ou se taire, ce qui était une acceptation tacite. Il pouvait aussi blâmer, mais dans les quarante jours, et ensuite faire saisir le fief blâmé; il blâmait quand il prétendait qu'on ne lui avait pas présenté un dénombrement exact. Et il pouvait aussi faire autre chose: intenter une action contre le nouveau vassal pour revendiquer l'élément du fief qu'il prétendait avoir été non introduit ou mal introduit dans le dénombrement.

Si le seigneur saisit il devra obtenir l'autorisation de justice

Si le seigneur procède à la saisie (et évidemment, le procédé le plus énergique pour le seigneur était la saisie) il est obligé d'employer les mêmes formes que dans les saisies pour faute d'homme, la saisie quand il n'y a pas hommage, il est obligé de recourir à l'intervention judiciaire. Mais il y a une différence capitale entre la saisie d'aveu et dénombrement et la saisie de défaut d'homme. S'il y a saisie faute d'homme, s'il y a saisie pour non hommage, il réunit le domaine utile et le domaine direct et il fait les fruits siens. Ici, il ne réunit pas les deux domaines, la saisie ici est simplement une procédure de contrainte pour arriver au résultat qu'il désire, c'est un moyen d'intimidation, il ne fait pas les fruits siens et il faut nommer des commissaires royaux qui deviendront les séquestrés de ces fruits. C'est simplement un moyen énergique pour obliger le vassal à sortir de cette situation et à arriver à faire un dénombrement régulier

Mais la saisie de dénombrement n'est qu'un procédé d'intimidation; il n'y a pas réunion des deux domaines; le seigneur ne fait pas les fruits siens; des commissaires royaux sont séquestres

Le relief, droit de mutation, est établi aux revenus d'une année

Le relief.

Je suis obligé de vous présenter séparément chacune de ces institutions autrefois cohérentes.

Le relief c'est le rachat, c'est la somme d'argent ou la part de revenu que le vassal nouveau est obligé de remettre au seigneur toutes les fois qu'il y a eu mutation. Le relief est donc dû chaque fois qu'il y a hommage. Cependant, il devrait être dû chaque fois qu'il y a hommage et vous savez qu'il est généralement égal à une année de revenus. Seulement, il va y avoir ici, bien entendu, des difficultés.

Difficultés pour concilier le paiement du relief et le système de la patrimonialité

Dumoulin est opposé au paiement du relief, qui serait contraire à l'essence du fief

Le relief c'est quelque chose qui s'explique historiquement. Dans le système ancien, à toute mutation de vassal, le fief redevient la propriété du seigneur qui a de nouveau à concéder ce fief, et il est tout naturel qu'on paye au seigneur cette concession, et payer cette concession d'une année de revenus, ce n'est vraiment pas exagéré. Mais le jour où le principe de la patrimonialité est accepté, le jour où le fief est considéré comme une propriété du vassal, vous comprenez qu'on va trouver cela tout à fait choquant et alors tous les auteurs s'élèvent contre le relief, entre autre Dumoulin qui nous dit que c'est inadmissible en doctrine.... Il sait très bien que cela existe en fait C'est inadmissible, le fief doit le service militaire, nous dit-il, (pour une fois, il s'en souvient), qu'on lui demande le service militaire, mais qu'on n'aile pas lui demander des redevances pécuniaires. Et puis il nous dit que ce sont des servitudes sordides, qu'on ne peut pas concevoir sur des fiefs, parce que contraires à l'essence même du fief, à l'idée de fidélité la base du fief. L'hommage ? soit, nous dit-il, à la rigueur, mais le relief non. Et alors, il voudrait, à tout le moins, chicaner sur chacun des cas dans lesquels le relief est dû. Voici, par exemple ce qu'il dit à propos du relief d'ascendant: "Lorsqu'un enfant vient à mourir et que son fief doit revenir à un ascendant: "Comment ! cet ascendant aura la douleurs de perdre son fils et il faudra qu'il ait encore la douleur de donner de l'argent à son seigneur ? Ah ! non ! c'est trop".

D'autre part, il y avait à cette époque, dans la coutume de Paris, une régions, la région du Vexin, dans laquelle on posait le principe que le relief est dû pour toute main, c'est-à-dire pour toute mutation, quelle qu'elle soit. Et ici, il y a eu de la part de Dumoulin toute une série de raisonnements pour dire qu'il ne fallait pas considérer cette coutume comme une coutume territoriale, mais comme une coutume individuelle, propre à tel ou tel fief en particulier.

La coutume du Vexin ne pouvait pas se présumer, mais même dans le Vexin, il fallait démontrer que tel fief en particulier y était soumis, parce que c'était contraire au principe général de la patrimonialité, et il fallait donner une interprétation restrictive.

Quoi qu'il en soit, il y a eu forcément un travail pour arriver à tout le moins à réduire le plus possible le nombre des cas dans lesquels le relief était dû. Et alors ici, bien entendu, il y a des différences entre l'époque des glossateurs et 1789. Il y a eu des évolu-

Dumoulin fait un effort pour réduire le nombre de cas où est dû le

paiement du
relief

tions et aussi des différences de temps et des différences de lieu. Je ne veux pas entrer dans le détail, je vous indique simplement cette tendance à essayer de diminuer le nombre des cas. Voici quelques exemples incomplets, du reste.

Il y a des coutumes, très peu nombreuses, il est vrai, qui ont maintenu jusqu'au bout, jusqu'à la Révolution, le principe que le relief était dû pour toute mutation, même en ligne directe. Principe admis en Normandie et en Bretagne, et dans le Vexin français.

Le relief n'est
pas dû en ligne
directe descen-
dante

D'autre part, il y a eu d'autres coutumes qui ont décidé que - c'était le plus grand nombre - le relief n'était pas dû en ligne directe descendante. Il y a eu des coutumes qui ont fini par admettre que le relief n'était pas dû en ligne directe ascendante. C'est par exemple la coutume de Touraine et la nouvelle coutume de Paris, après les protestations de Dumoulin. En ligne collatérale, les coutumes de Touraine et d'Anjou - et d'une façon générale les coutumes qui avaient pratiqué le système du fréfrage, dans lesquelles l'hommage n'était dû que par l'aîné - ont posé le principe que le relief n'était pas dû entre frères et sœurs. Mais d'une façon générale le relief était considéré comme dû en ligne collatérale dans l'ensemble de la France.

Il est dû géné-
ralement en li-
gne collatérale

D'autre part, il y a eu des difficultés, à propos de certains points, par exemple en matière de mariage. Dans la plupart des coutumes, lorsqu'une femme se mariait, le mari devait l'hommage et le relief. Ceci est assez logique; je vous ai parlé en effet (au cours ou en conférence) de cette obligation de mariage de la part de la femme, mais lorsque cette femme se mariait, son mari devenait le vassal, c'est lui qui devait le service militaire, et par suite il devait faire hommage. Et c'est même précisément parce qu'il devait l'hommage, hommage que le seigneur n'était pas obligé d'accepter, qu'il pouvait intervenir dans le choix du mari de sa vassale. Dans ces conditions, devant l'hommage, le mari devait également le relief, c'était assez logique. Mais la coutume de Paris, Dumoulin et beaucoup d'autres ont dit: non, nous ne pouvons pas accepter le relief, pour une bonne raison, c'est que pour la femme il n'y a plus d'obligation vassaline, les obligations militaires sont complètement disparues, le souvenir en est à peine gardé. Or, la femme conserve la propriété de ses propres, de son fief, le mari n'en a que l'usufruit. Il est donc, nous dit-on, inadmissible que le mari ait à payer le relief pour un bien dont il ne devient pas propriétaire. Et alors, en vertu de ce principe, il y a eu des chicanes. Par exemple, pour la coutume de Paris, on a

essayé de donner une interprétation restrictive (art. 25 de l'ancienne et art. 3). L'ancien art. 25 disait à peu près ceci: quand une femme se marie, le mari doit le relief. Il y avait, d'autre part, un autre texte qui disait que lorsqu'un fils aîné faisait l'hommage, il dispensait de l'hommage les enfants du premier mariage. Il y avait une espèce de combinaison par Dumoulin entre ces deux articles pour arriver à faire dire que cet art. 25 de la coutume de Paris ne pouvait être appliqué qu'à un premier mariage de la femme et non pas à un suivant. C'était un prodige d'interprétation pour arriver à ce que le relief ne soit payé qu'une fois. Or, le nouvel art. 35 et le nouvel art. 36 de la nouvelle coutume de Paris ont donné une satisfaction partielle à cette construction de Dumoulin.

En 1673, le relief n'est pas dû en cas d'échange

De même l'ancien article 22 de la coutume de Paris prévoyait le relief lorsqu'il y avait un échange; la nouvelle coutume de Paris n'a pas traité ce point; finalement, une ordonnance de 1673 est intervenue, disant qu'en cette matière le quint pourrait être dû pour le solde payé en argent, mais que le relief ne sera pas dû. Vous voyez, sans entrer dans plus de détails parce que je n'en finirais plus, une tendance à diminuer les cas où le relief était dû.

En quoi consistait ce relief ? Qu'est-ce qui était dû en vertu de ce relief ? Le seigneur avait généralement dans la plupart des coutumes, le choix entre trois choses: entrer personnellement en jouissance du fief pendant un an; accepter une somme d'argent remise par le vassal, représentant approximativement la valeur de cette année de revenus; enfin, faire fixer par dire d'expert la somme due.

Mais la difficulté était la suivante: quels sont les revenus qu'il va falloir compter comme revenus du fief pendant une année ? Et les mêmes difficultés de jeu de fief vont se reproduire ici. Le vassal va-t-il pouvoir jouir de tous les revenus du fief primitive-ment concédé, du fief avoué ou va-t-il seulement jouir du revenu du fief déduction faite des différents jeux de fief ? Je pourrais reprendre mon exemple de tout à l'heure à propos du bail à rente va-t-il jouir des revenus de la terre baillée à rente ou de la rente due par cette terre ?

Pour le domaine inféodé, pas de difficulté, j'entends par là le domaine qui a fait l'objet de concession reconnue par le seigneur lui-même. Lorsqu'il y a eu bail à rente consenti par le seigneur, pas de difficulté, c'est la rente qu'il pourra recevoir, non la terre, il a consenti, ce n'est plus pour lui res inter alios acta.

Pour la partie du fief exploitée par le seigneur personnellement, pas de difficulté non plus, il exploite à la place du vassal, il prend les revenus, déduction faite des frais d'exploitation.

Il y a des difficultés en cas de jeu de fief

Mais il y a difficulté pour ce qui a fait l'objet d'un jeu de fief, pour la partie du domaine qui a été aliénée ou baillée par le vassal sans que le seigneur ait eu à donner son autorisation, car ici il pourra dire res inter alios acta. Qu'est-ce qu'il va pouvoir recevoir ?

J'y reviendrai en vous parlant du jeu de fief.

La commise

La commise dans la notion ancien-féodal classique, la commise était une institution ne était la conséquence naturelle de la rupture du lien de fidélité

Vous savez qu'autrefois, à l'époque du droit féodal classique, la commise était une institution qui s'expliquait très aisément, elle était la conséquence toute normale d'une part du lien de fidélité, du contrat personnel de fidélité qui liait ces deux hommes, le seigneur et le vassal. C'était également la conséquence du fait que la terre était concédée de façon précaire et conditionnelle à la condition précisément que l'on observe le lien de fidélité qui unissait personnellement le seigneur et le vassal.

Dans ces conditions-là, toute violation du lien de fidélité entraînait normalement et naturellement la reprise totale du fief par le seigneur qui reprenait le fief dans l'état où il l'avait donné au vassal sans avoir à s'occuper de ce que le vassal avait pu en faire dans l'intervalle.

Mais, de plus, les cas dans lesquels le désaveu pouvait être prononcé étaient assez nombreux, et il découlaient très logiquement et très simplement du lien personnel de fidélité qui liait les deux hommes.

S'il y avait désaveu, c'est-à-dire si le vassal ne reconnaissait pas pour seigneur celui qui lui avait donné le fief, celui auquel il était lié par un lien de fidélité, il rompait par le fait même le lien de fidélité qui les unissait et la raison pour laquelle le fief avait été remis. Il y avait donc là une cause très simple de commise: le désaveu.

Il y avait d'autres causes qui n'étaient pas compliquées: il y avait commise lorsque le vassal abandonnait son seigneur dans un besoin très pressant. Si par exemple la forteresse du seigneur était menacée et que le vassal ne fasse rien pour défendre son seigneur, il rompait ce lien de fidélité, on reprenait le fief.

Il y avait une troisième cause de commise lorsque le vassal entreprenait contre son seigneur un acte coupable, lorsque, par exemple, il attentait à l'honneur

Les cas de commise et le désaveu

l'abandon dans un besoin très pressant

acte coupable contre le seigneur

du seigneur ou d'un membre de la famille de ce seigneur.

Dans tous les cas, nous avions quelque chose qui allait contre le lien de fidélité et la commise était prononcée très simplement.

Le principe de patrimonialité en contradiction avec la commise. Les juristes cherchent à restreindre la commise

Mais cette situation primitive, simple et logique ne pouvait pas durer, elle devait se transformer profondément pour deux raisons: d'abord et surtout parce que le principe de patrimonialité a fini par être admis, le fief a été considéré comme la propriété du vassal, et si le fief devenait la propriété du vassal, la commise, la reprise de ce fief par le seigneur apparaissait comme choquante, et depuis le XVI^e siècle, les juristes ont presque toujours considéré effectivement cette commise comme quelque chose d'abominable, de monstrueux, comme quelque chose qu'il fallait combattre et restreindre dans toute la mesure du possible.

Voici par exemple, comment Salvin, dans son "usages des fiefs" écrit (page 27) (Vous savez que Salvin est un juriste dauphinois): "La commise est une peine odieuse et contraire à la patrimonialité des fiefs, que la coutume n'a retenu que pour la punition de la dernière contumace". On en diminuera, par conséquent, le plus possible, les cas d'application.

On essaie de donner à la commise une autre base que le lien de fidélité

De plus, du moment que l'idée de patrimonialité apparaît, si on ne peut pas supprimer la commise, parce que, évidemment, les seigneurs, propriétaires du domaine direct, cherchent à faire maintenir cette institution, on essaye, à tout le moins, pour concilier l'existence de la commise avec le principe de la patrimonialité d'expliquer la commise par d'autres motifs que par l'idée d'un lien de fidélité personnelle unissant le seigneur et le vassal. Il y a donc là, des causes de transformation.

On cherche à limiter les cas de commise

De plus, un certain nombre de cas de commises ont disparu. Il est évident qu'il ne peut plus être question de commise prononcée parce que le vassal a abandonné son seigneur, dans un péril pressant, ou parce qu'il n'a pas défendu la forteresse de son seigneur. Il est évident que ces causes de commise vont disparaître, il ne reste plus pratiquement que deux catégories de cause: d'une part, le désaveu, et, d'autre part, les cas de félonie, c'est-à-dire les cas d'attenta contre la personne du seigneur ou contre sa famille, attentats qui sont quelquefois presque des délits de droit commun. Il n'y a plus que ces deux cas.

On cherche à concilier les cas de commises et le

Malgré tout le principe de la patrimonialité se développant, on va être quelque peu embarrassé par ces cas. Le désaveu ne peut être expliqué autrement que par une idée de rupture du lien de fidélité; on est

principe de patrimonialité

donc bien obligé ici d'accepter l'existence d'un lien de fidélité. Mais les félonies, c'est-à-dire les attentats contre la personne du seigneur ou les membres de sa famille ? On peut leur donner à la rigueur d'autres explications, on peut les considérer comme des cas d'ingratitude, permettant l'annulation de la donation du fief, et alors ceci se concilie beaucoup mieux avec le principe de la patrimonialité. On peut, d'autre part, peut-être les expliquer comme des pénalités prononcées à la suite d'une action d'injure. Et ceci permet évidemment encore mieux de respecter le principe de patrimonialité.

Par conséquent, on cherche, au nom du principe de patrimonialité, à diminuer dans toute la mesure du possible, les conséquences de la commise et surtout la fréquence des commises. D'autre part, on cherche autant qu'il est possible, à expliquer la commise par des idées différentes de l'idée de fidélité: ingratitude ou injure.

1° - Tendance à restreindre les causes et les effets de la commise

Le désaveu est une cause de commise dans toutes les coutumes

Les causes de la commise sont d'abord, évidemment le désaveu. Le désaveu est considéré en droit commun coutumier comme une cause de commise. Et voici en quelques termes s'exprime à ce sujet l'art. 43 de la nouvelle coutume de Paris qui ne fait que reproduire l'art. 30 de l'ancienne coutume de Paris: "Le vassal qui dénie "le fief être tenu du seigneur féodal dont il est tenu "et mouvant, il confisque icelui fief". Le vassal qui dénie le seigneur du fief entraîne ipso facto la commise de son fief. Voilà un principe posé par la coutume de Paris en termes très généraux et qui est accepté par presque toutes les coutumes; je crois que tous les pays coutumiers sans exception admettent le désaveu.

Quant aux pays de droit écrit, il y en a un certain nombre qui ont essayé d'expliquer par l'ingratitude romaine ou par l'injure romaine la commise et qui sont alors très gênés pour accepter le désaveu, si bien qu'il y a dans ces pays un certain flottement. Il y en a qui n'admettent pas le désaveu, il y en a d'autres, comme par exemple, la coutume de Toulouse qui admettent le désaveu, mais essayent de le considérer comme une injure, comme un délit d'injure.

Quoi qu'il en soit, il est incontestable que pour toutes les coutumes du nord et presque tous les pays de France le désaveu existe et il peut être réalisé de deux façons: ou bien en avouant un autre seigneur que le véritable seigneur, ou bien en déclarant que telle terre qui en réalité est un fief est un alle. Voilà les deux façons pratiquement de réaliser un désaveu

On cherche à rendre plus difficile la réalisation du désaveu. Le désaveu doit être à la fois rei et personae

On exige un désaveu exprès; il n'y a plus de désaveu par simple omission

Mais ici, il y a un très gros effort pour essayer de rendre plus difficile la réalisation du cas de désaveu. On a essayé de mettre toute une série de conditions restrictives pour que le désaveu ne puisse être pratiquement que très rarement réalisé. On a d'abord dit que pour qu'il y ait désaveu, il fallait qu'il y ait désaveu rei et personad, c'est-à-dire qu'il faut que l'on désavoue à la fois son seigneur et le fief dont dépend le fief que l'on sert. Je m'explique: on dit par exemple: Je reconnais que mon fief meut de tel fief, qu'il appartient à telle personne. Si en réalité il y a dans ce qu'on dit une part de vérité, que son fief dépend de tel seigneur mais n'est pas mouvant de tel autre fief; ou s'il est vrai que le fief est mouvant de tel fief, mais qu'il n'appartient pas à tel seigneur, il n'y a pas de désaveu. Ici donc, une espèce de chinoiserie d'avocat, si j'ose dire, pour arriver à biaiser sur les termes et à pouvoir dire qu'il n'y a pas eu un désaveu formel, puisqu'on a dit une semi-vérité, même si cette semi-vérité était dite pour gagner du temps. Il faut ensuite qu'il y ait eu un désaveu exprès et non pas un désaveu par simple omission. Le cas est formellement prévu par les coutumes d'Anjou et du Maine dans les art. 199 coutume d'Anjou et 214 du Maine. La coutume d'Anjou dit: "Si aucun homme de foi baille son aveu à son seigneur, et par icelui renonce à employer partie des choses de son hommage, en affirmant par serment la protestation contenue en son aveu, il ne confisquera les choses relâissées, mais sera condamné à refaire son dit aveu, et à employer les choses délaissées, et il sera amende arbitraire s'il est noble, et soixante sol s'il est coutumier". C'est-à-dire en français plus compréhensible: Si un homme de foi fait son aveu à son seigneur et que dans cet aveu il n'indique qu'une partie du contenu de son fief, passant le reste sous silence, la commise pour désaveu ne pourra pas être prononcée, on pourra seulement l'obliger à refaire un nouvel aveu dans lequel il dénoncera les éléments du fief qu'il avait omis. Et on pourra de plus le condamner à une amende arbitraire ou fixe. Par conséquent, ici, pas de désaveu. Et sur ce point la disposition de la coutume d'Anjou est devenue une disposition de droit commun, Hervé et beaucoup d'autres auteurs nous disent qu'il est impossible de réaliser un désaveu par omission, qu'on ne peut le réaliser que par une affirmation fausse. Par conséquent, si, même frauduleusement, on n'a avoué qu'une partie de son fief, cette fraude ne sera pas présumée et on considérera ici qu'il y a droit à amende, mais non pas désaveu, et par conséquent pas commise.

Il faut que le seigneur établisse l'intention frauduleuse pour qu'il y ait désaveu

On exige que le désaveu soit maintenu en justice

Il ne peut y avoir désaveu, si le vassal avoue le roi comme son seigneur

Il y a encore d'autres conditions qui sont exigées. La coutume d'Orléans, art. 89 de la nouvelle coutume nous dit "qu'il y aura désaveu et commise s'il est prouvé que le désaveu a été fait frauduleusement et à tort par le vassal". Il faut que l'on prouve l'intention frauduleuse pour qu'il y ait désaveu, au moins lorsque cette affirmation frauduleuse, cette tentative frauduleuse a été faite d'une manière extra judiciaire. Il faudra prouver l'intention frauduleuse pour que le désaveu puisse entraîner la commise.

Et de plus, une autre condition était ajoutée: on a fini par dire qu'il fallait que le désaveu non frauduleux pour qu'il puisse entraîner la commise soit fait en justice et ait été maintenu après que le seigneur avait pris des conclusions contre le vassal, et avait demandé la commise du fief. Si bien que chez certains auteurs qui du reste, sur ce point, ne sont pas extrêmement précis et formels, la commise apparaît comme une conséquence non pas du désaveu mais de la litis contestatio. C'est bien ce que laisse entendre Hervé. On sent chez lui que la poussée contre les institutions féodales se prolongeant, on en aurait fait une conséquence du contrat judiciaire passé entre les deux individus et non plus une conséquence du désaveu Ceci, Dumoulin le dit à peu près (glose I, N° 5, art. 43 de l'ancienne coutume de Paris), il pose comme un principe certain que le désaveu doit être fait sciemment et frauduleusement pour emporter commise de fief en justice.

Vous voyez donc ici tous ces efforts pour diminuer les cas dans lesquels la commise pour désaveu pourra être prononcée, puisqu'on exige ou la fraude ou la litis contestatio.

De plus, toutes les fois qu'il y aura combat de fief, c'est-à-dire qu'il y aura procès, entre deux individus, pour savoir quel est des deux le seigneur du fief dominant, le vassal sera tranquille, il pourra ou attendre, ou faire aveu à celui qu'il voudra, à la condition que, le jour où un jugement aura été prononcé déclarant que le seigneur n'était pas celui auquel il avait fait l'aveu, il consentira à faire hommage à l'autre.

Enfin, jamais il n'y aura désaveu si quelqu'un avoue comme son seigneur le roi, à moins que le commissaire royal ne soit intervenu pour décider que tel fief ne mouvait pas de lui et que c'était à un autre que l'aveu devait être fait, mais tant que le roi n'a ra pas refusé l'aveu qu'on lui fait on ne pourra pas dire que quelqu'un qui a avoué comme son seigneur faussement le roi a fait un désaveu parce que le roi doit toujours être présumé seigneur de tout le monde

Dire que sa terre tenue en fief est un alleu, n'est un cas de désaveu que dans les coutumes censuelles ou anti-allodiales

Il pouvait aussi y avoir désaveu non pas seulement contre un autre seigneur que le sien, mais encore lorsque l'on affirmait qu'une terre était allodiale, ici encore on va apporter des restrictions singulières. L'affirmation qu'une terre est allodiale constituera un désaveu pouvant entraîner commise, dans les pays censuels ou dans les pays anti-allodiaux, parce que dans ces pays-là on ne peut pas présumer le caractère allodial d'une terre. Mais dans les pays allodiaux, il n'y aura jamais désaveu à dire que sa terre est un alleu, parce que les terres sont présumées alleux et que c'est au seigneur de prouver que cette terre n'est pas un alleu mais un fief dépendant de lui.

Vous savez, d'autre part, l'effort qui était fait pour diminuer le nombre des pays allodiaux, et pour reconnaître la présomption d'allodialité même dans les pays allodiaux pour les alleux roturiers. Par conséquent, vous voyez ici quelle résistance doctrinale a été faite contre la commise.

De plus, si un seigneur de fief reconnaît que sa terre est une censive, mais désavoue son seigneur, on ne pourra pas non plus dire qu'il y a ici désaveu, parce qu'il a accepté de reconnaître sa terre comme censive. Et remarquez cependant que comme les censives sont beaucoup moins chargées que les fiefs, il y a un gros intérêt à faire passer sa terre pour une censive plutôt que pour un fief, il y a beaucoup moins de droits, par conséquent, il y a encore là généralement une fraude.

Voilà les restrictions qui ont été apportées au désaveu.

Voyons maintenant quels ont été les cas de félonie. Ils ont forcément été assez rares, parce que pratiquement ils ne pouvaient plus guère se produire au XVII^e ou au XVIII^e siècle, à l'époque où il n'y avait pratiquement plus de lien entre le seigneur et le vassal, et on a essayé doctrinalement de rattacher les cas de félonie qui existaient, à l'idée romaine d'ingratitude du donataire vis-à-vis du donateur, ou bien encore aux cas dans lesquels le droit canon admettait le divorcium, c'est-à-dire la séparation de corps des époux, ou bien encore aux cas d'exhérédation aux cas qui autorisaient à exhéreréder les héritiers, parce qu'il y avait une certaine similitude de cas, et parce que ceci permettait de donner un caractère plus patrimonial et plus éloigné de la féodalité à ces commises résultant de la félonie.

On cherche à rattacher les cas de félonie à l'idée romaine d'ingratitudde du donataire

On ne reconnaît

On a fini par ne plus reconnaître guère que qua-

plus que 4 cas de félonie

tre cas. Le premier cas était l'attentat, l'outrage à la femme, la fille ou la bru du seigneur. Ces cas sont très formellement prévus par les art. 193 et 194 de la coutume d'Anjou qui ici répète à peu près textuellement ce qui était le droit classique de la féodalité en plein épanouissement. J'ai parlé de ces cas de commise, dans tous les cas, vous les connaissez: attentats contre la famille ou le seigneur qui entraînent la commise. Seulement, Hervé nous dit que ces cas n'ont plus qu'un intérêt métaphysique parce que pratiquement un seigneur ne voudra jamais plaider là-dessus et ainsi publier le déshonneur de sa famille.

Pour qu'il y ait félonie, il faut que le vassal fasse perdre au seigneur une situation qu'il avait déjà

Il y a ensuite une deuxième catégorie de cas, ce sont les entreprises contre les intérêts du seigneur. Il y aurait félonie et par conséquent commise à faire perdre au seigneur une situation qu'il possède et la lui faire perdre pour des motifs malhonnêtes. Mais ici, les feudistes disent: faites bien attention, il s'agit de faire perdre une situation qu'on possède, il ne s'agit pas de l'empêcher d'obtenir une situation qu'il souhaite. Votre seigneur, par exemple, désire faire un mariage profitable, vous empêchez ce mariage de se réaliser, vous l'empêchez de s'enrichir, vous ne lui faites pas perdre quelque chose qu'il a, il n'a pas félonie. Il désire une situation dans l'armée du roi, vous l'empêchez de l'obtenir, il n'y a pas commise. Par contre, vous lui faites perdre une situation qu'il possède déjà, alors félonie et commise.

Il y a ensuite les coups portés physiquement à la personne du seigneur, et encore, certains feudistes nous disent qu'il faut avoir tapé fortement et qu'il faut n'avoir surtout pas été provoqué; ils discutent pour savoir si les coups portés par le fils du vassal contre le seigneur doivent être considérés comme une félonie, si le vassal était là et s'il pouvait très facilement empêcher son fils de frapper, il y aurait commise, mais si cela lui était difficile de l'empêcher, on ne prononce pas la commise.

Il y a ensuite d'autre cas: les injures, parfois les diffamations, les écrits calomnieux contre le seigneur qui sont également considérés comme un cas de félonie par un arrêt du Parlement de Paris de 1726.

Mais, si ce sont là les cas de félonie et les cas de désaveu qui sont reconnus par les feudistes, il faut bien se dire, j'y insiste, que toujours il y a eu un effort de plus en plus marqué pour rendre plus difficile dans la pratique l'exercice de ces commises. C'est ainsi, par exemple, que, à propos de ces outrages contre la famille du seigneur, dont je vous parlais tout à l'heure, Hervé se livre (p. 461, tome 3) à des discussions un peu byzantines, de façon à dimi-

nuer le nombre des cas où on pourra prononcer la commise.

Si le vassal est d'accord avec son seigneur pour provoquer la commise, afin d'échapper aux créanciers, il y a lieu à l'action Paulienne.

Il y a un autre cas qui est examiné, la fraus creditorum, l'action paulienne. Un vassal commet un cas de félonie ou de désaveu. Evidemment, si cette félonie ou ce désaveu a été fait d'accord avec le seigneur de façon à ce que le seigneur puisse reprendre les biens du vassal et ainsi frauder les créanciers, pas de doute l'action paulienne doit jouer. Mais Henri de Pensay et surtout Hervé vont plus loin et ils nous disent: dans tous les cas l'action paulienne sera possible, parce qu'il y a ici un enrichissement au profit du seigneur, quelque chose d'un peu comparable à une donation à titre gratuit.

Je n'ai pas besoin de vous montrer combien ce raisonnement est contestable, si on examine ce qu'est l'action paulienne et les cas dans lesquels elle pourrait être prononcée, contestable aussi si on songe qu'ici nous sommes en présence de l'exercice d'un droit du seigneur antérieur à la réunion du fief servant à son fief dominant. Je n'ai pas besoin de vous montrer combien cette acceptation de l'action paulienne ici est critiquable doctrinalement, mais le fait même qu'on l'accepte nous montre ce désir d'arriver toujours à diminuer les cas dans lesquels la commise pourra être prononcée.

De plus, on considère que la commise est une peine qui sanctionne le délit romain d'injure, et grâce à cette idée on arrive à dire que d'abord, puisque nous sommes en matière pénale et répressive, il faut une interprétation aussi restrictive que possible des cas de commise et qu'il faut que la félonie ou que le désaveu soit absolument inexcusable pour que l'on puisse prononcer la commise.

De plus, du moment que c'est une action d'injure, les délais de prescription seront ramenés à un an.

Et enfin, cette action pénale ne sera pas transmise aux héritiers, et par conséquent, si un seigneur venait à mourir avant d'avoir exercé son action de commise, ses héritiers ne pourraient pas l'exercer.

Toutes ces tentatives sont faites pour restreindre l'application de la commise.

Non seulement on a essayé de restreindre les cas d'application de la commise, mais on a encore essayé d'en diminuer dans toute la mesure du possible les effets. Il a été admis par certaines coutumes, coutume d'Anjou, du Maine et de Loudun que la commise pourrait être prononcée contre le vassal pour sa vie durant, mais non pas contre le vassal et ses héritiers.

La commise avait donc pour résultat de permettre au seigneur de jouir pendant la vie du vassal du fief

Rapprochement de la commise et de l'action d'injure

Délai d'un an.

Action intransmissible aux héritiers

Certaines coutumes admettent le caractère purement viager de la commise

servant, mais il devait à la mort de ce vassal rendre le fief servant aux héritiers du vassal.

Une seule exception était prévue ici par la coutume d'Anjou, c'était le cas d'hommage lige. On admettait la perte à vie lorsqu'il s'agissait d'un hommage simple, mais on reconnaissait que lorsqu'il s'agissait d'un hommage-lige c'était la commise perpétuelle qui était prononcée.

Et de plus, un certain nombre d'arrêts (de 1563 et de 1579) approuvés par Chopin dans son commentaire de la coutume d'Anjou, ont déclaré que si l'injure a été particulièrement atroce, il faudra tout de même prononcer la commise perpétuelle.

Le seigneur usant de la commise tiendra compte des sous-inféodations auxquelles il consentit; il n'avait pas, dans les principes à tenir compte des jeux de fief. Mais ces principes mêmes sont abandonnés en faveur de la patrimonialité

La conséquence normale d'une commise c'est, bien entendu, le retour du fief dans son intégrité au seigneur dominant. En principe le seigneur dominant devrait donc reprendre le fief avec les sous-inféodations qui ont été acceptées par lui, mais sans être obligé de tenir compte des jeux de fief qui ont pu se produire. Seulement, ne pas tenir compte du jeu de fief, des aliénations qui ont pu être réalisée par le vassal sans l'octroi du seigneur, c'est aller contre le principe de la patrimonialité, c'est léser des intérêts légitimes. Et alors, au nom de l'équité, on s'est élevé contre l'application de cette règle qui cependant en droit était parfaitement régulière.

On a estimé que pour respecter la justice il était indispensable que tous les jeux de fiefs, que tous les droits réels qui avaient été consentis sur le fief par le vassal soient respectés au moment où le seigneur reprenait le fief par commise.

On en est arrivé à celle conclusion: qu'il fallait reconnaître toutes les aliénations, tous les droits réels qui avaient pu être faits par le vassal sur le fief

La commise ne peut être prononcée que par l'autorité judiciaire

Il y a eu encore une autre restriction à l'application de la commise. Il a été décidé que jamais une commise ne pourrait être prononcée autrement que par l'autorité judiciaire.

2° - Divergences pour essayer d'expliquer l'existence de la commise

Vous comprenez bien qu'expliquer l'existence de la commise est très facile si on admet l'idée d'un lien personnel existant entre le seigneur et le vassal c'est très facile si on admet l'idée de fidélité, parce qu'il y a un lien personnel. Si le fief est cédé à condition que l'on respect ce lien personnel, il est naturel qu'on prononce une commise et il est naturel qu'elle ait pour résultat de permettre au seigneur de rentrer en possession du fief intégralement, sans tenir compte des jeux de fiefs, sans tenir compte

d'autre chose que des concessions réelles acceptées par lui et reconnues par lui.

contradiction
du lien de fidélité et de l'idée de patrimonialité

Les essais d'explication: révocation pour ingratITUDE du donataire, injure

L'idée de fidélité est historiquement à la base de la commise

L'idée de lien de fidélité ne correspondait pas aux faits

Mais, avec le principe de la patrimonialité, avec le désir de respecter les jeux de fiefs, on ne peut plus accepter l'idée de fidélité, il faut recherche une autre explication. Et alors on a trouvé trois explications possibles de la commise: cette fidélité d'abord, l'idée d'ingratitude ensuite du donataire vis-à-vis du donateur, et enfin l'idée d'un délit d'injure. Seulement, aucune de ces trois explications n'était complètement et pleinement satisfaisante pour le droit du XVII^e ou du XVIII^e siècle. Et alors, la plupart des auteurs se sont servis de ces trois arguments, ils ont parlé de fidélité, d'ingratitude et d'injure, sans se préoccuper des contradictions qu'il y avait entre ces trois explications, si bien que ces trois explications ont existé chez la plupart des feudistes des XVI^e, XVII^e et XVIII^e siècles, mais on constate souvent chez eux de véritables contradictions.

L'idée de fidélité présentait, en effet, des avantages et des inconvénients. Elle présentait cet avantage très grand d'être historiquement vrai, historiquement c'est sur l'idée de fidélité qu'était basée l'institution de la commise. Elle avait en même temps l'avantage d'expliquer tous les cas de commise, le désaveu et les félonies. Enfin, elle avait l'avantage d'expliquer l'existence d'une commise au profit du seigneur sur le vassal et au profit du vassal sur le seigneur qui n'aurait pas voulu reconnaître son vassal comme son vassal, ou qui aurait commis une félonie vis-à-vis de lui. Nous avons une commise double. Il est évident que cette institution de la commise double, au profit des deux, du vassal et du seigneur, avec l'idée de fidélité s'explique très bien.

Mais à côté de ces avantages il y avait des inconvénients à l'explication par la fidélité. D'abord, si vous admettez l'idée de fidélité, vous devez admettre l'idée de rupture du contrat, et par conséquent l'idée que le fief doit revenir au seigneur dominant dans son intégralité, sans tenir compte des jeux de fiefs. Vous devez admettre ensuite que le vassal qui a commis l'infidélité a perdu son fief et que le seigneur pourra, pendant au moins trente ans, le lui réclamer (prescription trentenaire). Vous devez même aller plus loin et vous devez dire que le vassal qui a commis l'infidélité a cessé d'être propriétaire, qu'il n'a plus de titre régulier pour le conserver et que s'il conserve le fief ensuite, parce que le seigneur n'aura pas encore agi pour le lui réclamer, il l'aura sans titre, il en aura la possession mais non plus la

L'idée d'ingratitude est en parfait accord avec les cas de félonie et le principe de la patrimonialité

Le désaveu ne peut s'expliquer par l'ingratitude

La commise n'est que la poena du délit d'injure. Avantages de cette théorie. Courte prescription

propriété.

L'idée d'ingratitude présente elle aussi des avantages et des inconvénients. Elle présente d'abord ce très grand avantage d'expliquer admirablement les cas de félonie. La perte pour ingratitude, en cas de félonie, cela va très bien. Cela va du reste tellement bien, qu'en réalité, les cas de félonie du droit féodal sont à peu près les droits d'ingratitude du donataire du droit romain. Je dirai même que cela va mieux ici que l'idée de fidélité, que pour les hommes de cette époque, il devait paraître plus rationnel, pour eux qui avaient l'habitude de la patrimonialité qui avaient perdu l'idée d'un lien personnel, cela devait leur paraître plus naturel d'expliquer la commise de félonie par l'idée d'ingratitude.

Il y a un deuxième avantage, c'est qu'avec l'ingratitude on explique parfaitement le respect du jeu de fiefs. Bien entendu, le seigneur dominant et donneur reprend le fief, mais comme la donation était régulière, les charges réelles consenties par le vassal sur ce fief pendant qu'il en avait la propriété vous devez les respecter.

3ème avantage : évidemment, ce système de l'ingratitude se concilie parfaitement avec le principe de la patrimonialité.

Mais, à côté de ces avantages, il y a des inconvénients. Le désaveu devient très difficile à expliquer par l'idée d'ingratitude; il devient si difficile à expliquer que certaines coutumes du Midi ont été imprécises sur la question de la commise pour désaveu; d'autres coutumes, comme celle de Toulouse, ont essayé d'expliquer que le désaveu constituait un délit, de façon à pouvoir rattacher à l'idée d'ingratitude et d'injure, d'injure surtout, le fait de la commise pour désaveu. La coutume de Dauphiné elle-même, sur ce point a été extrêmement embarrassée. Il y a eu des arrêts sur cette question qui sont très peu clairs parce que les auteurs ont été gênés par le fait qu'ils ne voulaient pas aller à l'idée de fidélité et qu'ils essayaient d'expliquer autrement.

De plus, il y a un autre inconvénient, c'est qu'en matière d'ingratitude, il faudrait admettre la prescription trentenaire et qu'on cherche des prescriptions plus courtes.

Reste l'idée d'injure. Remarquez-le bien, même l'idée romaine du délit d'injure, qu'on a fini par accepter au XVIII^e siècle, est extrêmement commode parce que si la commise est la répression d'une injure, d'un délit, on peut concilier la patrimonialité et la poena. Ensuite, titre légitime au vassal pour conserver après l'injure, après la félonie ou après

de l'action
Intransmissibilité....

le désaveu son fief, si on ne lui réclame pas, il a un juste titre, on n'a pas intenté contre lui une action pénale, on n'a pas prononcé une pénalité qui lui faisait perdre la propriété de son fief, jusqu'à-là il en est propriétaire, et par conséquent on explique que le vassal puisse conserver son fief et en disposer si on n'a pas intenté contre lui une action pénale.

Ensuite, nous avons le délai d'un an. Nous avons l'intransmissibilité au profit des héritiers du seigneur de l'action de commise. Nous avons aussi l'impossibilité que ces actions soient intentées par un autre que le seigneur lui-même contre son vassal lui-même. Nous avons l'impossibilité d'admettre, par exemple, qu'il y aura coups portés entraînant la félonie s'ils ont été portés par le fils du vassal et non par le vassal lui-même.

Mais comment concilier cette théorie avec la commise pour désaveu ?

Vous avez là toute une série de moyens de restreindre les cas dans lesquels vous serez obligé de prononcer la commise. C'est donc extrêmement commode à ce point de vue-là, mais tout de même cela présente des inconvénients. D'abord, comment faire du désaveu une injure ? Ensuite, comment se fait-il que cette injure ait pour résultat nécessaire d'entraîner la commise et de ne pas pouvoir porter sur un autre élément du patrimoine du vassal coupable ? Il y a là quelque chose de surprenant. Du reste, on était obligé d'admettre que lorsqu'un vassal était coupable on devait prononcer contre lui la commise s'il avait encore le fief et si par suite de circonstances quelconques le fief n'était plus entre ses mains on pouvait intenter contre lui une action personnelle.

Hésitations
des juristes

Vous voyez donc les difficultés qu'il y a à faire jouer l'une ou l'autre de ces trois idées pour expliquer complètement l'institution de la commise. Et, par conséquent, il ne faut pas s'étonner que les auteurs aient été un peu embarrassés et qu'ils aient quelquefois fait appel d'une façon qui n'était pas très heureuse à plusieurs idées quelquefois même aux trois idées à la fois, idée d'infidélité, d'ingratitude ou d'injure.

Dumoulin accepte l'idée de fidélité

Dumoulin, par exemple, considère d'abord et surtout le fief comme étant concédé à charge de fidélité. Je vous ai donné une définition du fief d'après Dumoulin qui disait que ce qui était dans l'essence du fief c'était la fidélité. Et je vous ai fait remarquer que cette définition de Dumoulin n'était pas très heureuse. En réalité, Dumoulin a pris cette définition parce que c'était pour lui celle qui lui permettait d'expliquer cette fameuse commise si difficile à expliquer. Je vous montrerai de même que d'autres juristes ont défini

le fief: une terre devant reconnaissance, pour expliquer par l'idée d'ingratitude l'existence de la commise. Si bien que cette notion de commise qui n'a pas une très grosse importance pratique a une grande importance doctrinale, puisque c'est à cause d'elle que la plupart des définitions du fief ont été données par les auteurs des XVI^e, XVII^e et XVIII^e siècles. Mais cependant, encore que Dumoulin parte de l'idée de fidélité, il n'écarte pas les autres systèmes. Voici comment il s'exprime à la glose I (Nombre 3, de l'art. 43, ancienne coutume de Paris): "Ce n'est pas "injustement que par la perte du fief est punie l'ingratitude du vassal commise contre son patron auquel le "vassal est lié à la fidélité, par un serment". Nous avons donc ici l'idée de fidélité, l'idée d'ingratitude et en même temps l'idée d'une peine qui vient punir le vassal, le mélange des trois idées.

Néanmoins Dumoulin s'appuie sur les trois idées de fidélité, d'injure, d'ingratitude

Hervé écarte l'idée de fidélité. La commise est pour lui basée sur l'ingratitude

Pour Hervé le fief n'est en effet qu'une donation à charge de reconnaissance

Voici maintenant l'explication de Hervé qui écrivait ses "Dissertations Féodales" en 1786, 1788, 1789 et les années suivantes, par conséquent, à l'extrême fin de l'ancienne France, Hervé écarte formellement l'idée de fidélité, il critique la définition que Dumoulin donne du fief, et il dit qu'il ne faut pas baser le fief sur l'idée de fidélité. Voici la définition qui d'après lui est la bonne pour le fief (tome p. 372): "Le fief est une concession faite à la charge d'une reconnaissance toujours subsistante, qui doit se manifester de la manière convenue". C'est donc une donation obligeant à reconnaissance. Dans ces conditions il nous donne également une définition de la commise qui paraît tout entière basée sur l'idée d'ingratitude. Voici comment au tome 2, p. 426 il définit la commise: "la commise est le retour du fief servant dans les mains du seigneur pour cause d'ingratitude de la part du vassal. L'ingratitude est essentiellement en opposition avec le contrat de fief, puisqu'une reconnaissance toujours subsistante est de l'essence de ce contrat. Ainsi, elle vicie le contrat dans sa substance même, en un mot elle le détruit, puisque sans reconnaissance il ne peut pas subsister de contrat entre le seigneur et le vassal. La commise dérive donc de l'essence même du fief".

On ne peut pas être plus précis. Voilà donc quelle est pour lui l'essence du fief: une donation à charge de reconnaissance. Et qu'est-ce que c'est qu'un désexe ou une félonie ? C'est une violation de cette charge de reconnaissance.

Mais, s'il en est ainsi, nous devons arriver à une conclusion logique, nous devons arriver à considérer que la commise doit être, bien entendu, le résultat normal, naturel de la violation de reconnaissance.

Opinion de Guyot: il faut que la commise soit prononcée pour que le vassal perde son fief.

Pour Hervé au contraire l'ingratitude dépouille par elle-même le vassal: il y a donation sous condition

Hésitations d'Hervé. Le jugement est-il déclaratif ou constitutif?

Et voici ce que nous dit Hervé (p. 495, tome 2), critiquant l'hypothèse suivante de Guyot: c'est le cas où après qu'un vassal s'est rendu coupable d'ingratitude, a donc mérité la commise, il aliène son fief, et il se demande si cette aliénation faite après la commise par le vassal coupable est valable ou ne l'est pas: "inutilement Guyot objecte-t-il qu'au moment de la vente parfaite, le vassal n'a pas cessé d'être vassal et qu'ainsi la commise tombe". D'après Guyot, par conséquent, la félonie ne suffit pas à faire perdre le fief, il faut encore pour que le fief soit perdu que la commise ait été prononcée. Et alors ici Hervé dit: "Non, il avait véritablement perdu cette qualité dès avant la vente par lui faite, car il l'avait perdue par le désaveu ou la félonie et il ne restait plus qu'à le dépouiller de fait. Or, c'est parce qu'il a cessé d'être vassal, c'est parce qu'il a lui-même anéanti son titre qu'il ne peut plus disposer comme vassal, ou ce qui est la même chose, comme propriétaire. Il en est de ce cas comme de celui de confiscation, de même que le coupable ne peut aliéner du jour qu'il a commis le crime emportant confiscation, de même aussi le vassal ne peut aliéner du jour qu'il a donné ouverture à la commise par le désaveu ou la félonie". Ceci est parfaitement logique. Si nous avons reçu une terre à charge de remplir une certaine obligation de remplir une certaine condition, si nous avons reçu une terre à condition de reconnaissance, le jour où cette condition cesse, la détention cesse, la propriété conditionnelle disparaît et la terre redevient la propriété du cédant.

Mais si ceci était logique, le jugement prenant la commise ne devrait pas avoir pour résultat de réaliser le transfert de propriété, le jugement devrait constater seulement que la propriété était perdue par le vassal. Ce n'est pas le jugement qui fait perdre la propriété par le vassal. Et cependant, Hervé, contrairement à ce principe, s'occupe du cas d'une femme qui est seigneur d'un vassal; ce vassal a commis un acte de félonie. Hervé nous dit que cette femme pourrait, sans autorisation maritale, disposer de son droit éventuel au fief qu'elle peut reprendre, si l'action n'est pas encore intentée. Mais si l'action en justice est intentée, elle ne peut plus renoncer sans une autorisation maritale, parce que ceci constituerait à ce moment-là une aliénation. Pourquoi faire une différence entre les deux moments? Pourquoi la femme fait-elle une aliénation lorsqu'elle renonce après la litis contestatio, et pourquoi n'en ferait-elle pas si

elle renonçait avant la litis contestatio? Ce n'est pas logique. Si elle a un droit réel sur la chose, ce n'est pas le jugement qui le lui donne, c'est le fait même de la félonie, d'après la définition qu'Hervê donna tout à l'heure, et par conséquent elle dispose d'un immeuble en disposant de son droit à la commise, aussi bien avant le jugement qu'après. Je ne vois pas pourquoi il fait cette distinction.

Pourquoi le seigneur n'a-t-il qu'un jus ad rem avant la litis contestatio?

2° - Il nous dit que le droit à la commise est avant la litis contestation un jus ad rem et qu'il est un jus in rem après la litis contestatio. Je n'ai pas le temps d'insister ici sur cette notion; on sait que le bénéficiaire a un jus ad rem sur un bénéfice dont il n'a pas encore reçu possession, et un jus in rem dès qu'il est entré en possession. Si la commise est la conséquence de l'ingratitude, de la rupture de cette condition de propriété, pourquoi avons-nous un jus ad rem et non pas immédiatement après la félonie un jus in rem? Ce n'est pas logique.

La commise est une peine. Cette idée est en opposition avec celle de révocation pour ingratitude

3° - Il nous dit (p. 484 et 485): "La commise est une peine, et les peines ne s'infligent point de plein droit. Il faut auparavant qu'elles soient prononcées par un jugement, ou, pour parler plus exactement, la commise est une suite de l'atteinte que le vassal a portée au contrat de fief. Et sous cet autre point de vue ce contrat ne peut pas encore, dès lors, être résilié de plein droit, il faut un jugement qui l'ordonne". Pourquoi? Vous voyez ce qu'il y a là de peu satisfaisant dans ces explications. Les peines ne s'infligent pas de plein droit, il faut auparavant qu'elles soient prononcées par un jugement.... soit! mais maintenant c'est une peine, tout à l'heure ce n'était pas une peine! Il continue: "ou, pour parler plus exactement la commise est une suite de l'atteinte que le vassal a portée au contrat de fief. Lequel des deux? Est-ce une peine, est-ce une violation de contrat? Il faudrait le préciser. Et si c'est une violation de contrat, pourquoi le jugement est-il indispensable pour créer le droit? Nous avons un jugement déclaratif, mais non pas constitutif de droit.

"Dans tous les cas, le désaveu ou la félonie donc donne seulement au seigneur une action contre le vassal pour faire ordonner que le fief de celui-ci lui soit adjugé et que le contrat de fief demeure nul, résilié, comme non avenu - pour que le vassal avoir manqué à la reconnaissance qui en constitue l'essence. C'est par le jugement qui intervient sur cette question que la commise s'opère et se consomme".

Vous voyez comme ceci est peu satisfaisant, comme il y a ici un mélange de deux notions qui devraient être séparées, une notion rupture de contrat, par

conséquent, un jus in rem avant toute espèce de jugement, et, d'autre part, une autre notion. Mais il aurait du choisir entre les deux, ne pas les confondre. Si c'est une peine, il faut un jugement et nous avons un jus ad rem avant la litis contestatio et un jus in rem après. Mais il ne faut pas méler, et vous voyez comme Hervé mêle le tout.

Hervé insiste aussi sur les caractères de pénalité de la commise, mêlant les notions de peine et de contrat rompu

Et il insiste si bien sur l'idée de peine, sur l'idée d'injure, sur l'idée que la commise est une peine, ou si vous préférez, que la félonie ou le désaveu sont un délit, il a bien soin de nous expliquer que, conformément aux règles romaines des actions pénales, cette action sera annale, cette action sera intrmissible, cette action devra être accordée dans un sens tout à fait restrictif. Toutes constructions du droit pénal moderne ou romain. Par conséquent, il va bien ici dans le sens de la pénalité.

Et alors, il sent qu'il va très loin dans ce sens et à la page 506 voici comment il essaye de se rattraper et de se contredire à nouveau: "Il n'est pas exact que la commise soit précisément la peine de l'injure faite au seigneur; elle est plutôt l'effet de la rupture ou de la résiliation du contrat de fief; si la commise est une peine, c'est secondairement. Directement et en elle-même, elle s'opère parce qu'il n'y a plus de contrat entre le seigneur et le vassal, du moment où celui-ci a attaqué le contrat dans sa substance". Mais alors, pourquoi le jugement est-il nécessaire ? Vous voyez tout ce qu'il y a d'insatisfaisant dans cette construction de Hervé, encore plus insatisfaisant, mais plus clair que les constructions de Dumoulin qui a moins cherché à construire qu'Hervé, et il a mieux fait ! Mais vous voyez que ces trois notions ingratitudo, injure, manquement à la fidélité, ces trois idées ont été utilisées sans qu'on ait véritablement fait un choix entre les trois, et sans qu'on soit arrivé à définir très exactement ce qu'on entendait dans le dernier état du droit par la commise.

A l'origine on n'avait pas cherché à faire une théorie, mais il semble que l'idée de peine ait été prise en considération, à côté de la rupture du contrat

J'ajoute du reste que si on remonte plus haut dans le passé, il est bien évident que déjà ab initio, il y avait quelque chose de non précisé dans le concept de commise, nous avions déjà ab initio un certain mélange de l'idée de rupture d'un contrat et de l'idée de pénalité. Il ne faut pas trop charger les auteurs récents, il est certain qu'historiquement les deux notions n'avaient pas été très nettement dégagées et précisées, seulement c'était moins choquant à une époque où on n'essayait pas de raisonner avec l'esprit du droit romain. Cela n'était pas la même chose, c'était une construction coutumière, une loi en quelque sorte. C'était l'autorité législative, ce n'était pas le

La précision de la notion de commise est indispensable pour une définition nette du fief

raisonnement des jurisconsultes qui confondait.

D'autre part, si on n'est pas arrivé à préciser ce que c'était que la commise, il ne faut pas oublier que cette commise qui n'a certainement pas une grosse importance pratique en avait une considérable en doctrine pour permettre de définir le fief lui-même, et si les définitions du fief sont contradictoires chez les jurisconsultes, s'ils ne sont pas arrivés à donner une définition du fief (je vous ai cité ces définitions purement extérieures comme celle de Boquet de Livonière et d'autres définitions plus pénétrantes, mais pas très satisfaisantes non plus, telle que celle de Dumoulin, celle de Hervé) c'est parce qu'ils n'ont pas précisé la notion de commise dont on sentait toute l'importance doctrinale.

La commise du domaine direct prouve la réciprocité du lien de vassalité: donc d'un lien de fidélité

Je n'insiste pas davantage sur ce point, je voudrais simplement avant d'abandonner cette question de commise vous faire remarquer qu'il y a eu deux espèces de commises: la commise du domaine utile que nous venons de voir, et, d'autre part, une commise du domaine direct. Cette commise du domaine direct marquait, c'est évident, une très nette réciprocité entre les obligations du seigneur et du vassal, l'institution même de la commise du domaine direct était le signe qu'il y avait un lien de fidélité entre les deux individus seigneur et vassal. De sorte que tous les auteurs qui ont essayé de donner une définition ou une légitimation de la commise du domaine direct se sont tous appuyés sur l'idée de fidélité. D'Argentré l'a fait dans sa coutume de Bretagne, ce n'est pas étonnant, étant donné la définition même qu'il nous donnait du fief: deux éléments essentiels, l'existence d'un domaine direct et d'un domaine utile et 2°) un lien de fidélité. Pour lui il n'est pas étonnant que cette commise soit appuyée sur une idée de fidélité, mais en est de même chez Dumoulin sous l'art. 3, coutume de Paris, glose 4, nombre 10: "Le patron doit être privé de la propriété du fief si il commet vis-à-vis de son client une offense énorme en vertu de laquelle ce même client sera privé du fief si elle était commise vis-à-vis du patron". Vous voyez l'idée de réciprocité très marquée.

A la page 509 de son tome 3, Hervé qui s'élève pour la commise du fief contre l'idée de fidélité, reprend et approuve cette définition de Dumoulin sans y ajouter rien, il se contente de le citer pour donner sa définition. Et il rattache très nettement cette commise à l'idée d'un lien de fidélité personnelle, et ici encore Hervé reproduit en l'acceptant, en la faisant sienne une phrase de Dumoulin que voici: "Ceci est dans la nature de l'acte, et par conséquent dans la substance du patronat et de la clientèle existe principalement

le devoir de bienfaisance réciproque et de reciprocité de services". Vous voyez comme l'idée de lien contractuel de fidélité est ici marqué.

Par conséquent, on est arrivé ici, dans toute la construction de cette commise du domaine direct, qui était pratiquement beaucoup plus rare que la commise du domaine utile, parce que le cas pratique de commise c'était le désaveu, et le désaveu au moment d'un hommage; par conséquent, pratiquement, il n'y avait plus commise du domaine direct. La réglementation de cette commise est la même que celle de la commise précédente: puisque pour la commise du domaine utile un jugement est nécessaire, pour la commise du domaine direct, un jugement sera également nécessaire. D'autre part, puisque pour que la commise puisse être prononcée contre le vassal, il est nécessaire que l'offense ait bien été faite par la personne du vassal à la personne même du seigneur (et vous vous rappelez qu'il y a eu là tout un travail de restriction) on reprend ces restrictions pour la commise du domaine direct.

Enfin, il est entendu que cette commise du domaine direct entraîne la perte des droits féodaux qui appartenaient au seigneur sur le fief servant. Par conséquent, droit de relief, droit de quint, droit de re-quint, d'hommage, etc.....

Mais il est également entendu que si cette commise fait perdre les droits féodaux seigneuriaux, elle ne fait pas perdre les droits contractuels et non féodaux. Si par exemple, une hypothèque a été consentie par un vassal au profit du seigneur sur son fief, le seigneur contre lequel la commise sera prononcée ne perdra pas cette hypothèque. S'il y a eu constitution de rente à son profit, il ne la perdra pas, etc...

Je n'insiste pas davantage sur cette question de la commise du seigneur qui n'avait pas une grande importance pratique. Elle n'a guère d'autre intérêt que de montrer l'absence de construction logique pour le système de la commise du fief utile, du domaine utile. Vous voyez qu'il y a ici l'acceptation d'une position très nette: fidélité et rupture de contrat, alors que d'autres côté on s'en écarte. Ceci vient encore renforcer ce que je disais tout à l'heure sur le caractère non satisfaisant des explications données par les juristes à la commise du vassal.

La succession au fief.

Maintenant, je vous avais annoncé que je vous parlerais de la succession au fief. Vous vous rappelez que je vous avais dit qu'il n'y avait plus eu un système logique de fief, et qu'il avait existé simplement sur une terre toute une série de particularités, de réglementations spéciales qui s'appelaient relief,

La commise du domaine direct fait perdre au seigneur les droits féodaux, mais non les droits contractuels

La commise prononcée contre le seigneur est très rare en pratique.

L'unité du fief est basée sur le service militaire. Avec la disparition de celui-ci, il

n'était plus aussi urgent de maintenir l'unité

commise, retrait, etc... et je vous avais dit aussi qu'il y avait une réglementation particulière sur la manière de succéder à ces terres qu'on appelait des fiefs. Je n'ai pas le temps de traiter cette question je la laisse de côté. Je vous ferai simplement remarquer ceci: vous vous rappelez qu'en matière de succession au fief à une époque ancienne, la grande pensée avait été ceci: éviter qu'un fief se démembre, main tenir l'unité du fief. Et pour maintenir cette unité du fief, de façon à ce qu'il y ait toujours un vassal en état de remplir les obligations militaires du fief, on avait institué le privilège de masculinité, le privilège d'affranchisement et des institutions telles que le parage ou le frérage qui avaient pour but de maintenir l'unité du fief, Eh bien, à l'époque où nous sommes, du moment que le service militaire a complètement disparu, que le fief est devenu complètement et totalement patrimonial, toute espèce d'idée d'unité du fief a disparu, on n'a plus intérêt à maintenir cette unité. Et par conséquent, le frérage ou le parage sont tombés en désuétude dans la plus grande partie des coutumes; il y a même de bons auteurs du XVIII^e siècle qui confondent le frérage et le parage et qui en donnent des définitions montrant qu'ils ne savent pas ce que c'est.

Le privilège d'affranchisement a été maintenu pour conserver le lustre des familles

D'autre part, le privilège d'affranchisement a été complètement maintenu, mais s'il a été maintenu c'est pour des raisons qui n'ont rien à voir avec l'idée d'unité du fief, c'est le désir de conserver l'unité d'une fortune, ce sont des raisons d'ordre aristocratique. Et ceci est tellement vrai que ce désir de faire un ainé, suivant une formule populaire employée dans certaines régions, ce désir de transmettre autant que possible la totalité des terres de la maison à un héritier existait non pas seulement dans la noblesse, mais encore dans la roture elle-même, chez le paysan. Il y a quelques jours, j'ai eu l'occasion de lire un article fort bien fait d'un notaire de Désolle, M. Segré, qui a étudié la maison paysanne à Désolle en Haute Loire, et a montré que dans ce petit pays, contrairement aux textes de la coutume d'Auvergne et en violation des textes de la coutume, les parents avaient l'habitude de choisir un de leurs enfants, garçon ou fille pour lui donner la maison paysanne, pour lui donner toute la terre, à charge de veiller sur les autres, ceux dont on ne "faisait pas l'ainé" (celui que l'on choisissait pouvant ne pas être l'ainé), et cet individu gardait la fortune et tâchait de placer ses frères. Il y a donc eu une intention que l'institution du droit d'affranchisement favorisait. Ce désir a été poussé tellement loin dans cette région qu'alors que

Les roturiers pratiquaient aussi l'affranchisement dans certaines régions

les familles étaient fécondes, il y a eu remembrement de la propriété entre le seizième siècle et 1789. Le nombre des exploitations individuelles était moindre en 1789 que deux siècles plus tôt. Dans ces conditions là, le privilège d'affranchissement a pu subsister.

Maintenant, je vous avais annoncé qu'après m'être occupé de ces particularités du fief, nous étudierions la façon dont les fiefs peuvent être aliénés totalement. Nous nous occuperons ensuite de la façon de réaliser des aliénations partielles et du jeux des fiefs

Aliénation totale du fief.

Le lien personnel unissant le vassal au seigneur, le fief appartenant au seigneur empêchaient dans l'ancien droit l'aliénation totale du fief sans intervention du seigneur

Il fallait donc se désaisir entre les mains du seigneur qui réensaisinait le successeur

le droit de quint

Le retrait féodal moyennant le prix de vente

Autrefois, l'aliénation totale du fief était faite évidemment par le seigneur. La situation était très simple: le fief appartenait au seigneur qui en concédait la jouissance viagère à un vassal. Si donc ce vassal voulait se débarrasser de son fief pour payer des dettes, pour faire de l'argent pour quoi que ce soit, il ne le pouvait pas par lui-même, puisqu'il était lié au seigneur, par un lien personnel, il fallait évidemment qu'il obtienne du seigneur le droit de rompre ce lien personnel. Il ne le pouvait pas non plus pour une autre excellente raison, c'est que cette terre ne lui appartenait pas, elle était concédée, elle appartenait au seigneur. Par conséquent, à cette époque, si on faisait une aliénation de fief, il ne fallait pas dire que l'aliénation était faite par le vassal avec l'autorisation du seigneur, il fallait aller plus loin et dire que le fief était aliéné par le seigneur à la demande du vassal. Par conséquent, à cette époque, si on voulait faire une aliénation de fief, il fallait commencer par se dessaisir du fief entre les mains du seigneur qui en reprenait saisie. Il fallait ensuite que le seigneur ensaisine un acquéreur duquel il exigeait l'hommage, l'aveu, le dénombrement, etc... Et on comprend parfaitement que le seigneur qui faisait ainsi cet ensaisinement, qui reprenait le fief et qui le redonnait à une autre personne exige pour cette opération un certain droit, et qu'il réclame, par conséquent, du vendeur, de son ancien vassal le quint, c'est-à-dire la cinquième partie du prix qui lui était remis par l'acquéreur. On comprend, d'autre part, parfaitement que le seigneur n'ait pas été obligé de redonner à l'acquéreur le fief qu'on lui remettait, on comprend parfaitement qu'il ait pu conserver ce fief pour lui-même, et qu'il ait pu, par conséquent, exercer ce que l'on appelle le retrait féodal. Mais on comprend aussi que ce retrait féodal, il n'ait pas pu le faire sans remettre le prix de vente à l'ancien vassal; s'il s'était contenté de reprendre le

fief sans remettre ce prix à l'ancien vassal, il y aurait eu là un appauvrissement sans cause du vassal, il était donc légitime pour éviter cet appauvrissement sans cause du vassal de lui remettre le prix de la vente, le prix offert par le nouvel acquéreur. Par conséquent, cette institution du quint et du retrait féodal s'explique parfaitement dans le système ancien

Tout ce système n'est plus en accord avec le système de la patrimonialité

Mais plus tard, la situation va être modifiée, les fiefs vont être patrimonialisés, le vassal sera propriétaire de son fief, et par conséquent, ce sera le vassal lui-même qui vendra le fief, ce ne sera plus le seigneur. De plus ce vassal pourra vendre le fief sans être obligé de faire ensaisiner le seigneur. Puisqu'il a la propriété, il peut se dessaisir et ensaisiner, il pourra ensaisiner l'acquéreur soit par le simple consentement mutuel, soit par un ensaisinement symbolique, soit par l'ensaisinement du notaire ou de la plume du notaire, etc..

L'ensaisinement peut alors être fait par le vassal lui-même contre la volonté du seigneur

Je ne reviens pas sur ce point, je me contente de noter ceci, c'est que l'ensaisinement peut être fait par le vassal, non seulement sans passer par le seigneur, mais encore par le vassal lui-même, sans s'occuper du seigneur qui n'a plus à autoriser, et on peut sans autorisation du seigneur, contre la volonté même du seigneur, réaliser l'ensaisinement du nouveau vassal.

Mais alors, dans ces conditions-là, du moment que le fief est patrimonialisé, du moment que le vassal peut, en vertu de son droit de propriété, de son jus abutendi transmettre cette propriété qu'il possède à un autre individu, vous comprenez que l'existence du quint et du retrait vont paraître extrêmement choquants. On maintiendra le quint et le retrait, d'abord en vertu du respect des traditions, et puis parce que les propriétaires du domaine direct réclameront, on le maintiendra, mais vous comprenez que ceci apparaîtra comme illogique et que ceci provoquera des récriminations, et déjà Dumoulin récriminait extrêmement contre l'existence du quint. Il nous disait: les fiefs ont été concédés à charge de service militaire, ils n'ont pas été concédés à charge de redevance pécuniaire. Et par conséquent, je comprend qu'on ait pu à une époque exiger des vassaux le service militaire, je ne comprends pas que l'on ait pu à aucune époque, exiger d'eux le paiement du quint. Ce sont des servitudes-sordidae, qui vont contre l'essence même du fief, la fidélité. De plus, c'est une institution immorale, parce que cela pousse à la fraude fiscale. Par conséquent, pour éviter la fraude fiscale, il faut supprimer l'impôt, il faut supprimer le quint. Si on veut à tout prix maintenir cette redevance, au moins qu'on en modifie

On maintient cependant le quint et le requint

Lutte contre le droit de quint

le caractère et qu'on convienne d'une rente fixe annuelle qui sera due par le détenteur du fief. Voilà ce que dit Dumoulin.

Le retrait est nécessaire pour l'application du droit de quint

Le retrait était également critiqué, mais moins que le quint, il l'était moins parce qu'existaient le retrait lignager qu'on admettait; le retrait seigneurial n'apparaissait pas alors comme très choquant. De plus, on était bien obligé de reconnaître que l'existence d'un certain droit de retrait féodal était nécessaire si l'on admettait d'autre part l'existence du quint. Et voici pourquoi: c'est parce que s'il n'y avait eu que le quint, on aurait payé le quint sur une terre qui avait fait l'objet de jeu de fief, qui avait perdu de sa valeur. Je suppose qu'un vassal reçoit en fief qui vaut 100.000 Frs. il doit le quint, soit 20.000 frs. Mais si ce vassal a joué de son fief, s'il a constitué des sous-inféodations, des fentes de toutes natures, il a diminué considérablement la valeur de son fief et quand il le vendra, au lieu de le vendre 100.000 Frs. il le vendra par exemple 20.000 Frs. et alors le seigneur, au lieu d'avoir droit aux 20.000 Frs. auxquels il devrait avoir droit, d'après sa concession primitive, n'aura plus droit qu'à 4.000. Il y avait là quelque chose d'assez choquant, et on comprend que dans ces conditions-là, on ait considéré que le choix pour le seigneur entre le quint et le retrait ait été indispensable. C'est donc plutôt au quint qu'on s'est attaqué qu'au retrait, le retrait devenant nécessaire si on admettait le quint.

Certaines coutumes gardaient la tradition ancienne

Cependant il y a eu bien entendu des défenseurs du droit de quint, ce sont tous les propriétaires du domaine direct. Et de plus, il y avait des traditions, il y avait même encore des coutumes, comme celles de Beauvaisis, de Senlis ou de Sens qui admettaient encore que l'ensaisinement du fief devait être fait par le seigneur. Par conséquent, il y avait des coutumes qui se souvenaient très nettement de la situation ancienne.

Nous allons d'abord voir très sommairement ce qu'était le quint, et ensuite ce que c'était que le retrait féodal

Le quint

La définition du droit de quint par Denisart

Voici une définition qui nous est donnée par Denisart. Vous allez voir comme nous sommes loin de l'institution ancienne et de la conception ancienne, comme nous sommes dans une conception de fief propriété: "Le quint est un droit seigneurial qui met le

Droit d'exiger
le cinquième
une fois la ven-
te faite (et
non pour auto-
riser la vente)

Le quint est dû
au cas d'aliéna-
tion totale et
au cas de con-
cession contre
rente racheta-
ble

La vente d'usu-
fruit n'oblige
pas au paiement
du quint: il
faut l'aliéna-
tion totale et
complète

seigneur dominant en état d'exiger la cinquième partie du prix d'un fief mouvant de lui quand il est vendu ou quand il y a dans ce fief un acte équivalent à vente. Par conséquent, le quint c'est un élément de la fortune de quelqu'un, c'est un droit seigneurial qui met le seigneur dominant en état d'exiger. D'exiger quoi? De l'argent quand le fief est vendu. Il ne nous dit pas: pour autoriser la vente. Quand le fief est vendu. Par conséquent, de cette définition même, il ressort que le vassal peut librement vendre son fief sans avoir aucune espèce d'octroi à demander au seigneur, mais que le seigneur, d'autre part, a comme élément de sa fortune personnelle et privée, la possibilité de demander un certain droit.

Quand ce droit est-il dû? Toutes les fois qu'il y avait une vente définitive, par conséquent toutes les fois qu'il y avait une vente dans le sens ordinaire du mot, ou toutes les fois qu'il y avait concession contre une rente rachetable, c'est-à-dire contre une rente que l'acquéreur (celui qui devait la rente) pouvait racheter en conservant la propriété. Vous acquérez une propriété à la condition de payer une rente. Ce n'est pas considéré comme une aliénation, c'est considéré comme un jeu de fief, et par conséquent le quint n'est pas dû, mais vous l'acquérez à la condition de payer une rente que vous pouvez racheter en versant un capital qui vous libérera de l'obligation de payer cette rente et vous mettra en pleine et libre disposition du fief. Cela est considéré comme une vente et cela oblige à payer le quint. Mais, d'autre part il n'y avait pas d'obligation de payer le quint quand on avait fait seulement une aliénation partielle. Si, par exemple, on vendait la coupe de bois d'une forêt, si on vendait l'usufruit d'une dette, si on vendait les matériaux d'une maison, pas d'obligation de payer le quint; et ceci était l'occasion d'une fraude très fréquente: on vendait l'usufruit d'abord, on vendait la nue propriété ensuite et le quint qui était dû devenait insignifiant et il y avait des précautions prises contre ceci. Mais, en tout cas, ceci vous montre qu'il fallait l'aliénation complète et totale pour que le quint puisse être dû.

D'autre part, ce quint était dû à partir du moment où la vente était parfaite. Mais ici, il pouvait y avoir des difficultés pratiques sur lesquelles je n'ai pas besoin d'insister, que je ne vais que signaler. Autrefois ou encore au XVIII^e siècle, dans les coutumes où la dessaisine saisine devait être accomplie entre les mains du seigneur, pas de difficulté, le seigneur savait bien ce qui se passait. Pas de difficulté non plus lorsque, comme c'était le cas dans la coutume

de Paris, on avait la possibilité ou de procéder par cet ensaisinement par le seigneur, ou de procéder par un ensaisinement direct réalisé par le vassal, et qu'on choisissait l'ensaisinement par le seigneur, celui-ci était informé, pas de difficulté. Mais on n'était pas obligé de procéder par cet ensaisinement par le seigneur, on pouvait librement aliéner le fief, et par ses propres moyens transmettre la propriété à l'acquéreur. Alors ici, une difficulté se produisait: la coutume de Paris obligeait dans cette hypothèse le vendeur à notifier la vente au seigneur. Si la notification était faite au seigneur, pas de difficulté encore le seigneur était infirmé, il avait un délai de quarante jours pour exiger le quint et pouvait toujours exiger le quint avant de recevoir hommage. Mais si cette notification n'était pas faite, la vente était tout de même valable, et il y avait une petite difficulté; on se tirait aisément de cette difficulté et voici comment. Cette vente-là pour le seigneur qu'est-ce que c'était ? Res inter alios acta, il pouvait ne pas en tenir compte. Et de plus, si cette vente était faite et que le nouveau vassal, l'acquéreur ne vienne pas demander l'hommage, il y avait lieu à saisie faute d'homme, le seigneur pouvait prendre le fief et attendre qu'on lui ait payé le quint, avant d'accepter l'hommage. Enfin, il avait même une action personnelle et directe contre l'acquéreur.

Si la vente n'était pas signifiée au seigneur, il pouvait refuser l'hommage et saisir faute d'homme

Le quint est dû par le vendeur, en principe

Quel était le montant de la somme qui était due ? C'était le cinquième du prix. Mais cette somme était due par le vendeur, c'était en principe le vendeur qui devait payer le quint pour obtenir du seigneur l'autorisation de vendre anciennement. Mais vous savez que dans presque toutes les coutumes, si c'était l'acquéreur qui payait le quint, il devait payer le quint et le requint; et alors, pour éviter des complications il a été décidé dans la coutume de Paris que ce serait toujours l'acquéreur qui devrait payer, mais simplement le quint.

Et puis, il y avait, d'autre part, une petite particularité, c'est que comme le quint dû pour le fief était beaucoup plus élevé que le douzième dû pour la censive, on protestait, il y avait des marchandages, et très souvent la somme payée n'était pas le quint.

Le seigneur pouvait exiger l'intégralité du quint, grâce au retrait

Mais, d'un autre côté, n'oublions pas que le seigneur était très bien armé pour exiger le quint: le seigneur avait le choix entre le quint et le retrait féodal, et par conséquent, vous comprenez que dans ces conditions-là si on n'avait pas voulu lui payer le quint, il y avait pour lui un excellent moyen de s'en tirer: le retrait.

Le retrait féodal.

Les conditions dans lesquelles peut s'exercer le retrait féodal: le délai vain

L'article 20 de la nouvelle coutume de Paris nous donne une définition du retrait féodal qui peut être appliquée à peu près à toutes les coutumes de France. La voici: "Le seigneur féodal peut prendre, retenir "et avoir par puissance de fief, le fief tenu et mouvant de lui, qui est vendu par son vassal en payant "le prix que l'acquéreur en a baillé et payé les loyaux constements, dedans 40 jours après qu'on lui a "notifié la dite vente et exhibé les contrats si aucun "il n'y en a pas écrit et diceux baillé copie."

Ce retrait féodal pouvait être exercé dans des délais qui variaient. S'il y avait eu dessaisine saisine entre les mains du seigneur, si le seigneur avait été par conséquent invité à réaliser lui-même l'opération de transfert, il avait un délai de un an et un jour pour exercer le retrait féodal, le même délai que pour le retrait lignager. Si, d'autre part, il y avait eu notification au seigneur, le seigneur avait un délai de 40 jours, mais ce délai aurait été réduit si avant l'expiration de 40 jours il avait eu l'imprudence de recevoir l'hommage de l'acquéreur.

Enfin, si aucune notification n'avait été faite au seigneur, il pouvait, par une action directe, réclamer son retrait féodal.

C'est l'autorité judiciaire qui met le seigneur en possession de son fief. Ceci est opposé tant à la lettre de la coutume de Paris qu'à la tradition historique

Dans tous les cas, le retrait féodal devait être réalisé par une action judiciaire, il était nécessaire de demander à l'autorité judiciaire de mettre le seigneur en possession de son fief. Ceci était une règle absolue, à laquelle on ne manquait jamais, et il convient de le noter, parce qu'elle est en contradiction avec le texte de la coutume de Paris que je vous lisais tout à l'heure, et dans lequel on se contente de dire que le seigneur féodal peut prendre, retenir et avoir par puissance de fief le fief tenu et mouvant de lui. S'il peut l'avoir par puissance de fief, ceci veut dire qu'il peut l'avoir par justice foncière, et qu'il n'a donc pas besoin de s'adresser à la justice pour obtenir l'exercice de son retrait féodal qui lui appartient en tant que seigneur foncier. On va donc ici contre la lettre de la coutume de Paris. On va, d'autre part, ceci est bien évident, contre la tradition d'après laquelle le seigneur avait la puissance de reprendre le fief au moment d'une aliénation. La puissance, il l'avait en lui, sans avoir besoin d'une autorisation judiciaire. On allait même contre l'interprétation que Dumoulin donnait du retrait féodal, en considérant que le retrait féodal était comme un élément du patrimoine du seigneur direct, le seigneur direct avait dans sa propriété le droit d'exercer le retrait féodal, le

Dumoulin même considère le retrait féodal comme un élément du patrimoine

moine du seigneur: donc l'action judiciaire semble-rait inutile. Elle est néanmoins indispensable.

Le seigneur peut opter entre la perception du quint et le retrait: c'est indispensable pour éviter la fraude sur le prix réellement payé.

Le retrait féodal permet au seigneur d'éviter que, par le jeu de fief, le vassal ne diminue la valeur du fief

droit de reprendre le fief mouvant de lui en payant le prix d'aliénation. Ceci était l'exercice privé d'un élément de sa fortune, et par conséquent, même d'après Dumoulin, même en s'écartant des idées anciennes, il y avait une raison pour ne pas aller devant les tribunaux, pour ne pas demander une action judiciaire, qui était cependant toujours exigée. Même dans le cas où il y aurait eu accord parfait entre le vendeur, l'acquéreur et le seigneur pour laisser faire le retrait féodal, il fallait l'autorisation judiciaire.

Il faut remarquer, d'autre part, qu'il était toujours au choix du seigneur d'opter entre la réception du quint ou l'exercice du retrait féodal. Ceci s'explique parfaitement au point de vue historique, et ceci a continué toujours à être accepté parce qu'il y avait une raison de justice. Il aurait été très injuste pour le seigneur de ne pas pouvoir exercer le retrait féodal, et d'être toujours obligé d'accepter le quint, parce qu'il pouvait y avoir là des fraudes fiscales. On pouvait parfaitement demander un prix fictif faire une fraude comme on en fait encore aujourd'hui à l'enregistrement, et par conséquent, verser au seigneur une somme insignifiante. Il avait un moyen excellent de se défendre contre la fraude: vous me présentez un prix qui n'est pas le prix véritable. C'est bien je vous reprends le fief pour le prix que vous m'avez indiqué! Et la fraude se retourne contre le fraudeur.

C'était d'autre part justice parce que le vassal pouvait se jouer de son fief, il pouvait concéder sur ce fief des droits réels de toutes natures, ce qui diminuait considérablement la valeur réelle du fief. Or ceci aurait été tout profit pour le vassal qui aurait diminué d'autant le domaine direct de son seigneur, sans que celui-ci puisse récupérer les pertes qu'il avait faites. Je suppose qu'un vassal consent une rente foncière sur son fief contre versement d'un capital il va toucher ce capital, il en aura profit, et en même temps il aura diminué la valeur du fief, puisque ce fief devra indéfiniment une rente à un certain tiers; il y aura là une charge pesant sur le fief qui diminuera d'autant la valeur marchande du fief, et par conséquent la valeur réelle de vente du fief. Pour que le seigneur ne soit pas victime de manœuvres comme celles-là, on comprend qu'on lui ait conservé le retrait féodal lui permettant de rentrer en possession de son fief. Du reste, nous verrons tout à l'heure que cette hypothèse présentait pratiquement de grosses difficultés.

Seulement, vous comprenez que ceci présentait en même temps des conséquences extrêmement graves. Le retrait féodal avait le caractère que je viens d'indiquer

Le retrait féodal doit-il respecter les

jeux de fief.
C'est toute la question de la patrimonialité qui se trouve posée

tout à l'heure: possibilité de reprendre au prix de vente un fief qui a déjà fait antérieurement l'objet de jeux de fief, en ayant diminué la valeur. C'est toute la question de la patrimonialité du fief qui se pose ici, c'est toute la question de savoir si le vassal est propriétaire de son fief et peut en disposer qui se pose. Le retrait féodal aura-t-il pour conséquence de faire tomber tous les jeux de fief ou devra-t-on les respecter ? C'était là une très grosse question pratique, c'était en réalité la question de savoir quels étaient les droits du vassal sur son fief, qui indirectement se posait ainsi.

Que va-t-on pouvoir retraire ? Tout le fief tel qu'on en a fait l'aveu ? Ou le fief tel qu'il existe encore dans les mains du vassal en tenant compte des aliénations par lui faites ? Ou pourra-t-on retraire le fief entier mais en payant un certain remboursement à ceux qui en ont acquis quelques éléments tels par exemple que des rentes perpétuelles ? Vous comprenez qu'il y avait là une grosse, une très grosse question

Avant la rédaction des coutumes, le jeu de fief est interdit, le seigneur reprend le fief intégralement

Les réponses ont varié suivant les siècles, les auteurs et les coutumes. Il n'y a pas une réponse uniforme. Bien entendu, à une époque très ancienne, antérieure à la rédaction des coutumes, antérieure à l'époque dont nous nous occupons maintenant, il y a eu une réponse que vous connaissez déjà, qui est très simple: on n'a pas le droit de faire de ces aliénations, par conséquent le seigneur reprend le tout, c'était évident.

A l'époque de la rédaction des coutumes, un texte romain: le vectigal, permet de maintenir la tradition

Ensuite, à l'époque de la rédaction des coutumes, la question s'est posée de nouveau. On commençait évidemment à cette époque à admettre la patrimonialité du fief, la possibilité de faire des aliénations partielles du fief. Mais il y a eu pour maintenir la solution traditionnelle un argument assez étranger dont on s'est servi. Les lois romaines prévoyaient qu'en matière de vectigal, lorsque le dominus reprenait son foad, il n'y avait pas à tenir compte des aliénations faites par le conductor agri vectigalis, resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis. Il y avait là un semblant d'argument de texte pour appuyer la tradition et on a encore déclaré que le seigneur pouvait reprendre le tout sans tenir compte des jeux de fief qui étaient res inter alios acta.

D'Argentré et Dumoulin protestent au nom de la patrimonialité triomphante

Mais, très vite, on a protesté contre ce système. D'Argentré et Dumoulin ont protesté au nom de la patrimonialité du fief, et voici à peu près ce que dit Dumoulin: "Dans mes premiers écrits, je n'ai pas osé à "bandonner l'opinion de tant d'auteurs importants, je "les ai imités. Mais en réfléchissant plus mûrement, "j'estime que, quant aux charges, il n'y a pas lieu de

"mettre à part le patronus en tant qu'homme privé, "lorsqu'il acquiert le fief par le droit seigneurial, "mais qu'il doit être assimilé en tout à l'acquéreur "étranger ou au parent exerçant le retrait lignager".

Dumoulin assimile le seigneur opérant le retrait à l'acquéreur et en fait un ayant cause à titre particulier du vassal.

En d'autres termes: ... j'arrive à me dire qu'il est impossible de distinguer le patron, le seigneur exerçant le retrait féodal à titre privé (car en somme c'est devenu à titre privé à l'époque de Dumoulin) de celui qui achète le fief ou du parent qui exerce le retrait lignager. J'assimile donc le seigneur exerçant le retrait féodal à l'acquéreur ou au parent qui exerce le retrait lignager.

Dans ces conditions-là, le seigneur est obligé de respecter tous les jeux de fief, puisqu'on l'assimile à l'acquéreur. Il devient donc l'ayant cause du vendeur, par conséquent toutes les obligations qui pouvaient exister contre le vassal subsisteront contre lui, comme contre un acquéreur quelconque. Ce n'est plus un seigneur qui exerce une puissance, une justice foncière, c'est un particulier qui exerce un retrait de tout point comparable au retrait lignager. C'est donc quelqu'un qui se substitue à un acquéreur et qui est tenu à toutes les obligations de cet acquéreur.

Le seigneur opérant le retrait doit respecter même les baux

Cette opinion de Dumoulin, a encore été suivie par d'autres auteurs. C'est ainsi que Duval, sous l'article 72 de la coutume de Péronne, s'exprime ainsi: "n'est tenu le seigneur supérieur d'entretenir lesdits baux", ajoute: "Cela est vrai en cas de saisie faute "d'homme, mais non quand le fief revient au seigneur "à titre de donation, ni même quand il lui revient ad "patronum, par droit de retenue féodale, il est obligé "(le seigneur) de tout respecter même les baux".

La jurisprudence ne va pas aussi loin en ce sens que la doctrine

Seulement, cette opinion de la doctrine n'a pas été immédiatement suivie par la jurisprudence. Il y a eu en particulier en 1581 un arrêt du Parlement de Paris qui a considéré que les jeux de fief devaient être tenus pour res inter alios acta, et qu'ils ne devaient pas être opposés à un seigneur exerçant le retrait féodal. Dans l'espèce, il semble, mais ce n'est pas certain parce que les considérants de cet arrêt nous ont été rapportés d'une façon différente par les différents rapporteurs - il semble, dis-je, que dans l'espèce il y avait eu une fraude, et que c'était pour empêcher la réalisation d'une fraude que le Parlement a rendu cet arrêt. Mais cet arrêt était dans la tradition du droit féodal, renforcée par quelques arguments de droit romain. On a cité le dispositif du jugement sans se reporter à l'espèce et cet arrêt a fait jurisprudence. Pendant un certain temps on est revenu au système ancien, peut-être par une erreur d'interprétation.

Le Parlement décide que le seigneur n'a pas à respecter les jeux de fief

Au XVIII^e, trois tendances se manifestent
1) ceux qui maintiennent la tradition

2) Certains auteurs sauvegardent le principe, mais au nom de l'enrichissement injuste, exigent que le seigneur retraitant désintéresse ceux qui avaient un droit sur le fief

Le prix d'entrée est remboursé après estimation à dire d'expert

Après cela, on a fini par revenir à peu près au système de Dumoulin, sous l'autorité même de Dumoulin que l'on citait personnellement, si bien qu'au XVIII^e siècle, nous avions comme trois tendances. Une première tendance semblait dire: s'il y a retrait féodal, le seigneur reprend tous le fief. Ces auteurs en général n'étaient pas extrêmement précis sur les obligations du seigneur, mais il semble après tout que cette première opinion représentait la jurisprudence et la tradition anciennes.

Il y eut un deuxième groupe d'auteurs pour qui le seigneur exerçant le retrait féodal, reprend tout le fief et peut considérer en droit les jeux de fief, les aliénations partielles réalisées par le vassal comme res inter alios acta. Seulement, on ajoute immédiatement, il y aurait enrichissement sans cause de la part du seigneur à recevoir ainsi un fief libéré de toutes ses obligations, sans qu'on rembourse ceux qui ont acquis légitimement et à bons deniers comptant des droits sur ce fief. Il ne suffit pas, en effet, dit-on, de déclarer que le seigneur reprendra le fief tout entier et que ceux qui avaient sur le fief des droits (par exemple un bail à cens) seraient libérés en ne payant plus le cens. C'eût été peut-être la solution normale du principe res inter alios acta; mais c'eût été une solution injuste surtout si le cens ne représentait qu'une partie de la valeur du fonds bâillé à cens. Certains auteurs se sont dit : si les deniers d'entrée ont été payés, c'est-à-dire si outre la rente annuelle ou le cens annuel qu'on payait pour la partie du fief sur laquelle on avait acquis des droits, si outre le versement de ce cens, au moment de la constitution de ce bail à cens on avait donné un certain capital au vassal, ce capital devrait être remboursé. On cessera bien entendu de payer le cens annuel, mais de plus le seigneur exerçant le retrait sera obligé de payer ces deniers d'entrée, de les rembourser à celui qui tient le bail à cens ou à rente

Voilà le système. Il a été en particulier recommandé par des auteurs très récents. Mais Henrion de Pensay a raisonnable là-dessus et s'est dit: cela ne suffit pas. Il peut en effet se faire que quelqu'un ait acquis il y a cent ans avec des deniers d'entrée un bail à cens, mais depuis cent ans, l'argent à beaucoup diminué de valeur, mille écus en 1600 cela représente plus de mille écus en 1700. Par conséquent, il n'est pas possible de calculer de cette façon-là. Et alors il a fait un raisonnement assez compliqué, il s'est appuyé sur un certain article de la coutume d'Orléans, et il en est arrivé à cette conclusion que lorsque le retrait féodal était exercé, le seigneur reprenait le

fief dans son intégralité, mais que, bien entendu, tous ceux qui pouvaient tenir à bail, rentes, etc... seraient désormais libres de toutes espèces d'obligations de paiement annuel, et que, de plus, on leur rembourserait non plus d'après le prix d'entrée, mais d'après une estimation à dire d'expert. Ce système est donc assez compliqué.

3) La majorité des auteurs, après Dumoulin, considèrent que le retrait n'est qu'un achat. Le seigneur doit respecter toutes les alienations et tous les droits réels

Enfin, il y a eu une troisième opinion, l'opinion de Dumoulin qui a été reprise par Hervé et qui semble avoir été celle de la majorité des auteurs. Cette dernière opinion a contre elle la tradition, elle est fausse historiquement, mais elle est infiniment plus commode en pratique. C'est infiniment plus simple de dire, comme Hervé qui, ne fait que répéter Dumoulin: "un héritage retiré par le seigneur est acquet en sa personne puisqu'il le tient à titre d'achat". On va donc considérer le seigneur comme quelqu'un de tout à fait comparable au parent qui a exercé le retrait lignager, on va le considérer comme un acquéreur, comme un ayant cause d'un ancien vassal vendeur. On comprend qu'avec ce système, le jeu de fief s'exerce très librement et il n'y a plus aucune espèce de difficulté pratique, il n'est plus question de savoir s'il a payé ou pas, toutes les difficultés tombent. Il acquiert par conséquent le fief, mais il l'acquiert avec toutes les charges, avec toutes les hypothèques, avec tous les droits réels qui peuvent exister sur ce fief, il l'acquiert même avec les droits réels ou les hypothèques que, par hypothèse, le vassal vendeur aurait pu consentir à l'acheteur dont on a repris l'acquisition par le retrait féodal. Seulement, bien entendu, les charges que l'acheteur aurait contractées après l'achat et avant l'exercice du retrait féodal par le seigneur, tombent parce que l'acheteur sait qu'il ne devient véritablement le maître de son héritage qu'après que les délais de retrait féodal sont passés.

Les charges qu'auraient pu constituer l'acheteur entre l'achat et le retrait tombent

Dans le retrait le seigneur n'est qu'un acheteur et le vassal un vendeur Au contraire dans la saisie faute d'homme il y a vraiment seigneur et vassal

Dans ces conditions-là, il y a une différence essentielle entre la saisie faute d'homme et le retrait féodal. Dans la saisie faute d'homme, le seigneur tient le fief d'un vassal; dans le retrait féodal il tient l'héritage d'un vendeur. Ce n'est plus du tout la même situation. Dans un cas, il a en face de lui un vassal ou il prend la place d'un vassal, dans l'autre cas il prend la place d'un vendeur, et par conséquent, on fait une différence très nette entre les deux situations. Si nous avons une saisie féodale faute d'homme pour une faute du vassal, on traitera ce vassal d'après les règles féodales, et par conséquent, les jeux de fief qu'il aura faits on pourra les considérer comme

res inter alios acta, comme violent les règles de la féodalité. Par contre dans le retrait féodal, du moment qu'il est comparable au retrait lignager, du moment qu'on prend la place d'un vendeur, on est obligé de respecter tout ce qu'a fait ce vendeur, et par conséquent toutes les actions contre le vendeur existeront contre le seigneur acquéreur, toutes les actions au profit du vendeur existeront au profit de son ayeuse, le seigneur acquéreur. De plus, le seigneur sera soumis au retrait lignager, du moment qu'il devient acquéreur, il devient un acquéreur étranger qui ne peut prendre le fief que si les parents n'ont pas exercé le retrait lignager, et par conséquent, le retrait lignager fait tomber dans ce système le retrait seigneurial.

Dans ce système le retrait seigneurial ne peut s'exercer qu'à défaut de retrait lignager

Le système de Dumoulin fait vraiment du fief un héritage, et du vassal un propriétaire

Cette dernière opinion, celle de Hervé, de Dumoulin, de la majorité des auteurs, était infiniment plus commode, mais elle avait pour résultat de changer complètement la physionomie du fief et d'en faire véritablement et proprement une propriété. On comprend très bien que le jour où ce système a été véritablement adopté on ait apposé le vassal le propriétaire, et que ce mot propriétaire ait servi à désigner le vassal à partir de ce moment-là.

Aliénation partielle du fief avec réserve d'hommage

Je vais maintenant vous parler d'une dernière question qui est peut-être la plus délicate de toutes c'est la question de l'aliénation partielle du fief avec réserve d'hommage. C'est, en d'autres termes, cette question du jeu de fief que j'ai laissée pour la fin parce qu'elle était la plus délicate. Je crois d'ailleurs que maintenant, après ce qui a été dit antérieurement, sont étude est presque que faite, nous l'avons traitée par petites touches successives.

Ici, les principes anciens sont extrêmement simples. Au début de l'époque féodale, il est évident qu'on ne s'est pas occupé du jeu de fief, on ne s'est pas occupé des aliénations partielles du fief, on ne s'en est pas occupé parce qu'on ne pensait pas, et on ne les interdisait donc pas. On interdisait au contraire l'aliénation totale du fief d'une façon expresse, parce que celle-ci avait pour résultat de rompre le lien personnel qui unissait le seigneur au vassal.

Ensuite, on s'est rendu compte que l'aliénation totale du fief n'était pas dangereuse pour le seigneur puisque celui-ci, quand il y avait une aliénation totale conservait l'intégralité du fief qui changeait simplement de titulaire vis-à-vis de lui, et on a fin

Dangers que présentait pour le seigneur l'aliénation partielle

Opposition entre l'aliénation partielle consentie, et le jeu de fief.

es coutumes sont obligées de tenir compte de l'état de fait: le jeu de fief sans autorisation, avec réserve de foi

vassal continu à porter ommage pour le tout; il ne doit aucune roit pour les

par admettre l'aliénation totale du fief sans octroi du seigneur simplement en payant le quint ou en risquant le retrait féodal.

Quant à l'aliénation partielle du fief, elle était, c'est évident, beaucoup plus dangereuse, et alors on a posé en principe d'abord que l'aliénation partielle du fief, le démembrément du fief, ne pouvait pas être réalisé sans l'autorisation du seigneur. C'est le système que je vous ai déjà indiqué dans une autre partie du cours. Je vous en ai parlé à propos de la sous-inféodation, et je vous ai même cité des textes des assises de Jérusalem qui sont précisément ceux que reprennent les auteurs du XVIII^e siècle, comme Hervé ou Henrion de Pensay, ce sont ceux-là mêmes pour nous dire que l'aliénation partielle du fief ne pouvait être en principe réalisée qu'avec l'autorisation du seigneur et qu'autrement cette aliénation était interdite.

Et par conséquent, nous avons eu ici un démembrément du fief qui était possible avec l'autorisation du seigneur, mais un jeu de fief, c'est-à-dire une aliénation partielle du fief qui devenait impossible dans l'autorisation du seigneur.

Mais, maintenir un système comme celui-là, c'était évidemment aller contre l'idée de la patrimonialité du fief, c'était aller contre tout un courant qui allait dans le sens de cette patrimonialité, et alors cette patrimonialité du fief a fini par l'emporter, et on s'est trouvé en fait en présence de jeux de fiefs qui n'avaient peut-être pas été autorisés législativement, mais qui étaient acceptés jurisprudentiellement, qui étaient la réalité, et les coutumes ont bien été obligées de le reconnaître et de constater l'existence de deux choses, le démembrément de fief, aliénation partielle réalisée avec l'autorisation du seigneur, et le jeu de fief, aliénation partielle réalisée sans l'autorisation du seigneur, mais avec réserve de foi. Et c'est ce que constatent les articles 35 et 41 de l'ancienne coutume de Paris que je vais vous lire.

Art. 35: Le vassal ne peut démembrer son fief au préjudice et sans le consentement du seigneur.- Donc, le démembrément signifie aliénation partielle du fief avec modification de la foi, avec suppression de la foi pour cette partie du fief, donc autorisation du seigneur.

D'autre part, l'art. 41 nous dit: "Un vassal se peut jouer de son fief jusqu'à démission de foi sans que le seigneur lui en puisse demander profit.- En d'autres termes, un vassal peut faire une aliénation partielle de son fief, à l'exclusion de la démission de foi, en conservant pour la partie aliénée la foi.

droits ainsi constitués

Le jeu de fief a un champ très étendu

Jeu de fief parfait et jeu de fief imparfait

Il y a le titre pour lequel on fait hommage et dénombrement, et la réalité que les jeux de

vis-à-vis du seigneur, sans que le seigneur puisse demander le quint ou autres droits de mutation. Voilà le sens.

Dans ces conditions-là, on peut par jeu de fief, faire d'après l'art. 41 de l'ancienne coutume de Paris énormément de choses.

Que va être le jeu de fief, l'aliénation partielle faite sans autorisation du seigneur, mais en continuant à rendre l'hommage au seigneur, pour cette partie de fief qu'en réalité on ne possède plus, qu'on a aliénée ? Cela peut être une constitution de censive, c'est bien évident. On peut sous-inféoder. On peut constituer une rente foncière. On peut bailler à rente. On peut consentir une hypothèque. On peut louer à emphytéose. On peut enfin constituer toutes espèces de droits réels, sauf à réservé la foi au seigneur.

On a donc un jeu de fief extrêmement étendu et contre lequel le seigneur ne peut rien, ou plus exactement, à l'occasion duquel le seigneur ne peut plus demander le quint, le relief et les divers droits de mutation.

Seulement, cette définition du jeu de fief que je viens de vous donner d'après la coutume de Paris est une définition extrêmement large, et je suis obligé, pour ne pas être trop incomplet, de vous indiquer une autre définition plus étroite, qui est celle que l'on donne du jeu de fief stricto sensu. On trouve même quelquefois cette formule: le jeu de fief parfait, pour désigner ce que je vais vous définir et le jeu de fief imparfait pour désigner toutes les hypothèses que j'ai indiquées tout à l'heure.

Cette définition plus étroite, je vais vous la donner d'après Henrion de Pensay, elle n'a rien de particulièrement original: "On peut définir le jeu de "fief une espèce d'aliénation par laquelle le propriétaire d'un fief en sépare le titre et le corps, par "la réserve de la foi et l'aliénation du domaine, et "subalterne la partie qu'il aliène à celle qu'il retient par l'imposition d'un droit ou d'un devoir seigneurial".

Qu'est-ce que cela veut dire ? 1) Cela veut dire qu'en peut définir le jeu de fief une aliénation par laquelle le propriétaire du fief, le vassal, aliène une partie de son fief, mais l'aliène sous réserve d'un droit seigneurial. C'est ici qu'est la différence entre Henrion de Pensay et l'art. 41 de la coutume de Paris: un droit seigneurial. C'est beaucoup plus étroit. 2) Henrion de Pensay ajoute ceci: lorsque l'on fait cette aliénation d'un droit seigneurial, en réalité on arrive à couper comme deux éléments concevables du fief, d'un côté l'apparence du fief pour lequel on fai-

fief ont pu rendre bien différente. Mais on réserve dans le jeu de fief parfait, le droit seigneurial, et ceci ne permet que trois sortes d'opérations

hommage au seigneur, et derrière ce titre, derrière cette apparence, derrière cette illusion, il y a en réalité des choses qui ont quitté le fief, qui s'en vont. Si bien que nous avons ce que l'on a appelé aussi le fief en l'air, c'est -à-dire un fief qui existe sur le papier, qui existe pour l'aveu, les dénombrements que l'on fait au seigneur, mais qui n'existe plus en réalité, puisque tous les éléments ont été aliénés et vendus. Nous avons donc le titre pour lequel on fait hommage et la réalité, le corps qui est derrière, qui peut être quelque chose de très différent.. L'aliénation ne peut se faire que sous réserve des droits seigneuriaux. Par conséquent, il n'y a que trois opérations qui puissent se faire, parce que trois opérations seulement peuvent réservé un droit proprement seigneurial

Il y a la sous-inféodation. Evidemment, dans la sous-inféodation on devient seigneur de son vassal, on conserve des droits seigneuriaux

D'autre part, dans l'acensement, dans le bail à cens, dans la constitution de censive, parce que alors là évidemment on devient le seigneur censier, et on réserve des droits seigneuriaux, et non pas de simples droits fonciers.

Et enfin, lorsqu'il s'agit d'une aliénation faite au profit d'une église, dans la frange-aumône, dans le dernier sens du mot, dans la frange-aumône telle qu'on l'entendait au XVIII^e siècle, c'est -à-dire lorsque l'on considérait la frange-aumône comme un fief provisoirement libéré de ses obligations féodales

Dans une définition comme celle-là, on ne pouvait entendre évidemment que des constitutions comme ces trois-là, parce que ici nous avions réservé d'un droit seigneurial et non pas d'un simple droit foncier.

Et de plus alors, nous avions ce que l'on appelle le jeu de fief parfait, parce que dans ces conditions-là la terre qui faisait l'objet du jeu de fief changeait féodalement de caractère. Si la terre était sous-inféodée elle changeait de mouvance, puisque au lieu de mouvoir du seigneur, de celui qui faisait la sous-inféodation, elle mouvait maintenant du propriétaire qui faisait la sous-inféodation au lieu du mouvoir du seigneur de ce propriétaire.

Changement de mouvance, changement de caractère féodal encore bien plus marqué lorsque nous avions un bail à cens puisqu'il y avait là un arrachement de la terre qui de féodale, de noble devenait censive, roturière.

Même chose également dans la frange-aumône.

Par conséquent, le jeu de fief parfait avait d'autre part cet avantage, c'est qu'il permettait de

Le jeu de fief parfait modifie féodalement le caractère

faire noble ou roturière une terre et de permettre à des individus d'hériter d'une terre suivant les règles de noblesse et les priviléges d'affinité ou suivant les règles roturières et le partage égal. On pouvait sous-inféoder une terre et alors cette terre héritait noblement, et d'autre part on pouvait l'acenser, et par conséquent faire qu'on en hérite roturièrement.

En fait la différence n'est pas aussi accentuée entre le jeu de fief parfait et le jeu de fief imparfait

Seulement, il ne faudrait pas tout de même exagerer la différence réelle qui existe entre cette définition de Henrion de Pansay et la définition plus large de l'art. 41 de l'ancienne coutume de Paris, parce qu'il y avait tout de même dans l'ancienne coutume de Paris réserve de la foi, et par conséquent, il y avait tout de même un fief en l'air qui conservait sa physionomie féodale primitive, tandis que les terres concédées, aliénées pouvaient ne pas devenir des terres à changement de mouvance précis par sous-inféodation, pouvaient ne pas devenir non plus très nettement des rotures, mais elles étaient aliénées, elles perdaient leur caractère féodal, elles devaient quelque chose d'imprécis, et par conséquent, nous avions quelque chose qui n'était pas un jeu de fief parfait, puisque ces terres nouvelles n'avaient pas une physionomie précisée en droit féodal, mais tout de même ces terres ainsi aliénées cessaient de faire nettement et franchement corps avec le fief tenu à fidélité. Il y avait donc comme un commencement de jeu de fief, et dans une définition plus large on considérait qu'il y avait jeu de fief toutes les fois qu'il y avait une aliénation partielle avec réserve ou d'un droit seigneurial ou d'un droit réel foncier. Et on a même ainsi pu truquer, et donner un sens inexact aux termes de l'art. 41 de la coutume de Paris.

La nouvelle coutume de Paris permet le jeu de fief largement, à condition qu'il n'excède pas les deux tiers

L'art. 51 de la nouvelle coutume dit que le vassal ne peut pas démembrer son fief, mais qu'il peut se jouer, disposer et faire son profit des héritages, etc... sans payer profit au seigneur dominant, pourvu que l'aliénation n'excède pas les deux tiers et pourvu qu'il en retienne la foi entière et quelques droits seigneurial et dominal. Et on a fini par dire: seigneurial ou domanial.

Par conséquent, il y a eu, vous le voyez, une extension

Voilà quelles ont été les deux définitions des jeux de fief.

Nous nous sommes ainsi occupés du jeu de fief et nous avons donné deux définitions: la définition très large qui résulte de l'art. 35 et de l'art. 41 de l'ancienne coutume de Paris; et la définition plus exacte, mais plus restreinte de Henrion de Pansay.

Je vous ai fait remarquer qu'il y avait évidemment

Rappel des deux définitions. En fait elles ne sont pas absolument opposées

entre les deux une différence. Avec le système de la coutume de Paris, on considérait comme jeu de fief non seulement les sous-inféodations ou les constitutions de censives, mais encore les baux à rentes, les hypothèques, les emphytéoses. Au contraire, avec la définition du jeu de fief parfait, plus étroit de Henrion de Pensay, il fallait pour qu'il y ait jeu de fief qu'il se produise ou une sous-inféodation, ou un acaissement ou une franchise aumône, et ce jeu de fief parfait avait la conséquence suivante; il y avait un changement de mouvance, la situation féodale de la terre qui avait fait l'objet d'un jeu de fief était modifiée, cette terre, si elle était sous-inféodée, descendait d'un degré dans l'échelle féodale, si elle était arotiruée, l'objet d'une censive, étant aroturée, elle changeait de caractère. Il en était de même pour la franchise aumône dans la dernière définition de la situation, puisque la franchise-aumône devenait un fief qui cessait d'être tenu aux obligations féodales, à raison de la personne qui détenait ce fief.

D'autre part, ce jeu de fief parfait avait une autre conséquence: il pouvait modifier les règles de succession, et il pouvait être intéressant de pouvoir ainsi transformer une censive par une sous inféodation en fief, de façon à pouvoir constituer les droits d'affinité. Il pouvait être aussi intéressant de mettre à cens un fief, de façon à pouvoir le partager en parts égales roturièrement. La question se posait même de savoir, dans la succession en parage, si on allait constituer ainsi des terres à succession noble ou à succession roturière.

Seulement, il ne faudrait pas exagérer la différence entre les deux définitions, parce que Henrion de Pensay lui-même fait remarquer qu'on peut considérer les constitutions de bail à rente, d'hypothèque ou d'emphytéose comme des jeux de fief. Il nous dit: ce sont des jeux de fief, et voici pourquoi: c'est parce que ici, dans ce système, il y a toujours la réserve de foi, par conséquent, cette terre est toujours une terre noble pour le vassal propriétaire qui s'est joué de son fief, et il a fini par reconnaître que lorsqu'une terre était ainsi baillée à rente ou à emphytéose, elle cessait d'être nettement une terre noble, et cependant elle continuait à dépendre d'un fief en l'air, d'un fief pour lequel on faisait le serment de fidélité, elle conservait donc pour le vassal qui se jouait une allure de terre noble et pour celui qui la prenait elle cessait d'avoir une allure de terre noble. Et par conséquent, dit-il, nous avions tout de même là le jeu de fief. Et il a même été si loin qu'il a fait comme une espèce de jeu de mots sur l'art. 51 de la

coutume de Paris. Cet article de la nouvelle coutume de Paris dit ceci: "Le vassal ne peut démembrer son fief au préjudice et sans le consentement du seigneur mais il peut se jouer de son fief et disposer des héritages, cens, rentes, etc.... à la condition qu'il retienne la foi entière et quelques droits seigneurial et dominial sur ce qu'il aliène". Alors, ici Henrion de Pensay a changé le mot et par le mot ou, il a dit Il y aura, d'après l'art. 51 de la coutume de Paris jeu de fief si on dispose des terres, héritages faisant partie du fief, à la condition de retenir la foi entière et quelques droits seigneurial ou domanial, et alors, de la sorte, l'hypothèque, le bail à rentes, etc... devenaient autant de jeux de fief. Du reste, ceci n'est guère qu'une question de terminologie.

Voyons maintenant quelles ont été les conséquences ou plutôt les inconvénients de ce jeu de fief, tel que nous venons de le définir tout à l'heure, pour le seigneur et pour les tiers, pour le seigneur du vassal qui se jouait et pour les tiers auxquels le vassal aliénait la terre par jeu de fief.

Les inconvénients sont assez faciles à comprendre si il n'existe aucune espèce de réglementation, si nous nous en tenons à ce que j'ai défini, si nous nous en tenons, par exemple à ce que disent les anciens art. 35 et 41 de la coutume de Paris.

Si nous nous en tenons à cela, quels vont être les inconvénients pour le seigneur ? Ce sera désastreux: Le seigneur a parmi ses droits celui de quint ou de relief, et alors il y a une question qui se pose. Si vous admettez le jeu de fief, vous arriverez à ceci on donnera au seigneur le quint du prix de vente d'un immeuble qui aura été diminué de toutes les aliénations partielles réalisées par jeu de fief. Vous permettez d'un côté le jeu de fief, et d'un autre côté, vous dites qu'on devra payer au seigneur le cinquième de la valeur du prix de vente du fief qu'on aliénera. Mais, quand on aliénera, toutes ces aliénations qui auront pu être faites librement ne compteront plus et vous donnerez le cinquième du prix de quelque chose qui n'aura plus de valeur réelle. Donc, perte pour le seigneur, si on ne réglemente pas. Mais encore une fois on a réglementé.

Et d'autre part, pour les tiers, si on ne réglemente pas, regardez quels vont être les inconvénients de ce jeu de fief: il y aura encore des circonstances dans lesquelles, d'après les règles générales du droit féodal, le seigneur pourra reprendre son fief, et dans ces cas, où d'après les règles générales du droit féodal, le seigneur pourra reprendre son fief, ce sera le tiers acquéreur pour jeu de fief qui sera lésé. se

Dangers du jeu de fief pour la perception du droit de quint

Réglementation dans l'intérêt du seigneur comme des acquéreurs

opérations seront res inter alios acta, et il va tout perdre. Par exemple, dans le cas où le seigneur réclamerait son relief en nature, Le seigneur au moment où il a droit au relief, à la suite d'une succession collatérale dit: je vais en vertu du droit de relief au rachat, en vertu de ce droit que j'ai d'après le vieux droit féodal de reprendre le revenu du fief pendant une année au moment du changement de titulaire, reprendre le fief tout entier. Et alors, ceux qui ont acquis seront lésés si on ne réglemente pas. Vous voyez la nécessité de réglementer.

D'autre part, en matière de retrait féodal, si au moment d'une aliénation totale du fief le seigneur exerce son retrait normalement, d'après les vieilles règles du droit, il reprend le fief tout entier et tous ces jeux de fief tombent, et tous ces acquéreurs par conséquent de bail à rente, de censive ou d'inféodation vont perdre purement et simplement le profit de l'opération déjà réalisée. Par conséquent, nécessité de réglementer le jeu de fief, nécessité d'en amenuiser les conséquences, dans l'intérêt du seigneur et plus encore dans l'intérêt des tiers.

Dans l'intérêt du seigneur d'abord. Je vais vous indiquer ce qui a été fait comme réglementation en sa faveur. Les anciens termes de l'art. 35 de la vieille coutume de Paris ont été très vivement critiqués par Dumoulin qui dit: comparez les deux textes. L'art. 35, dit: "Le vassal ne peut démembrer son fief au préjudice "et sans le consentement du seigneur". Défense en d'autres termes, de couper en deux son fief sans maintien de foi, sans que le seigneur permette. Vous voyez l'opération: vous avez un fief, si vous voulez, de 20 hectares, vous ne pouvez pas inféoder un des fiefs et cesser de faire hommage pour ce fief sans l'autorisation du seigneur. Mais, d'autre part, l'art. 41 nous dit: "Un vassal se peut jouer de son fief jusqu'à démission de foi, sans que le seigneur lui en puisse demander profit". Par conséquent, d'après cet article, à la condition de porter l'hommage pour la totalité du fief on peut l'aliéner, le vendre, en disposer à son gré. Ici Dumoulin répond que cet article-là est inexact. Voici ce qu'il dit: Le jeu de fief est contraire à la nature du fief, parce qu'il est impossible que quelqu'un soit vassal sans avoir aucune espèce de partie l'esprit du fief, et on ne peut pas séparer le fief en totalité de la fidélité, et il n'est pas possible de faire qu'un individu soit vassal et qu'un autre soit propriétaire du fief. En d'autres termes: que la propriété du fief soit à l'un et que la vassalité soit à l'autre, et que

Dumoulin souligne qu'il est contraire à l'esprit du fief devoir, qu'un individu ait la propriété, et un autre

doive la fidélité

le vassal soit soumis à la condition de client et qu'il n'ait aucun élément essentiel du fief, si bien qu'il y aurait séparation entre la matière et la forme entre la qualité substantielle du fief et la personne qui serait soumise à cette qualité substantielle de fidélité. En d'autres termes; il est inadmissible que l'on puisse se jouer de ce fief à ce point qu'un individu ait la propriété du fief et qu'un autre ait l'obligation de fidélité qui dépend de ce fief. Ceci n'est pas possible, ceci est contraire à l'esprit essentiel du système de fidélité qui est à la base du fief. Il n'est pas possible que quelqu'un soit soumis à cette condition de vassal alors qu'en réalité il n'a aucun des éléments de ce fief soumis à la fidélité. Voilà ce que nous dit Dumoulin.

En réservant la foi, on pourrait toujours écarter les droits dus au seigneur

De plus, ceci est une porte ouverte à la fraude et au désir de se débarrasser de toutes les obligations seigneuriales, parce que dans toutes les ventes de choses féodales, il est possible de toujours réserver la foi. Par conséquent, du moment que vous pouvez toujours réserver la foi, vous pouvez écarter dans tous les cas tous les droits dus au seigneur et ne plus jamais lui payer des droits de mutation auxquels ils pourraient avoir droit normalement.

Voilà ce que nous dit Dumoulin: n'allez pas si loin dans ce système du jeu de fief, parce que le résultat c'est que vous pourriez toujours aliéner en retenant la foi, et, par conséquent, vous ne paieriez jamais au seigneur des sommes auxquelles il peut avoir droit, et, de plus, il est choquant qu'il y ait d'un côté un fief et de l'autre un individu tenu pour un fief qu'il n'a pas.

Les feudistes s'élèvent contre les fiefs en l'air

Ceci a provoqué une réaction et à peu près dans toute la France, les feudistes se sont élevés contre l'existence de ce qu'ils ont appelé les fiefs en l'air, c'est-à-dire les fiefs qui n'existaient plus que sur le papier, alors qu'en réalité, tous les éléments de ce fief avaient été vendus à des individus différents. On a voulu que le fief corresponde à une réalité, que l'homme qui faisait hommage pour un fief fasse hommage pour autre chose que des titres de propriétés aliénées qu'une propriété purement fictine. Alors, on a fait un nouvel article 51* de la coutume de Paris, article que je vous ai lu tout à l'heure en partie et que je vais vous lire maintenant entièrement en insistant sur une autre partie de cet article :

La nouvelle coutume de Paris exige donc que le vassal reste propriétaire

"Le vassal ne peut démembrer son fief au préjudice "et sans le consentement de son seigneur". (Ceci n'est pas nouveau, mais on ajoute ceci qui est neuf): "Bien "se peut jouer et disposer et faire profit des héritages, cens et rentes, étant du dit fief, sans payer

effectif des deux tiers du fief. C'est une réaction contre la patrimonialité du fief

"profit au seigneur dominant". On peut donc toujours se jouer de son fief, c'est-à-dire l'aliéner sans rien payer au seigneur, sans demander aucune autorisation au seigneur, "mais pourvu que l'aliénation n'excède pas "les deux tiers et qu'il en retienne la foi entière "et quelques droits seigneurial et domanial sur ce qu'il aliène". Donc possibilité de jouer de son fief, possibilité d'aliéner son fief sans payer de profit au seigneur, mais à une triple condition: 1) qu'on réserve la foi; 2) qu'on continue à avoir sur la partie qu'on a aliénée un certain droit seigneurial ou un certain droit réel, qu'on continue à avoir sur lui une partie de la propriété. 3) à la condition que cette partie aliénée, même avec cette réserve de droit réel ou de droit seigneurial, ne dépasse pas les deux tiers de la totalité du fief, il faut toujours qu'on continue à être le propriétaire effectif, le propriétaire direct et personnel d'un tiers au moins du fief pour lequel on fait hommage.

Voilà le principe posé par l'art. 51 de la nouvelle coutume de Paris. Vous voyez donc que nous avons eu ici une réaction contre l'idée du vassal propriétaire de son fief, une réaction au profit des seigneurs contre les vassaux.

Certaines coutumes permettent l'aliénation du tiers, à cens ou rente, mais à la condition qu'il ne soit pas payé de droit d'entrée

De plus, il y a eu d'autres coutumes que celle de Paris et qui ont réagi également contre le libre jeu de fief, mais d'une façon un peu différente. Voici ce que ces coutumes ont prescrit: Elles permettent le jeu de fief total, elles permettent au seigneur d'aliéner, de donner à un tiers tout son fief, à cens ou à rente par exemple, mais à la condition qu'on ne lui paye pas de deniers d'entrée. Qu'est-ce que ceci veut dire ? Je vous permets de vendre votre fief, mais à la condition que le prix de vente soit non pas le versement d'un certain capital que vous conserveriez, mais que ce soit l'obligation de payer tous les ans une certaine rente. Alors, de la sorte, ce jeu de fief ne peut plus avoir pour conséquence d'enrichir personnellement le vassal, le vassal ne va pas toucher une somme d'argent dont il pourra disposer, le vassal va simplement abandonner la propriété de son fief, mais à la condition qu'on lui paye tous les ans une somme qui représentera la valeur intégrale de la terre aliénée. Alors, une aliénation comme celle-là ne peut plus avoir d'inconvénient pour le seigneur direct. Si le seigneur direct, par commise, par exemple, reprend la possession de la terre, il ne pourra plus l'exploiter en exploitation directe, puisqu'elle aura été aliénée, mais il recevra une rente annuelle qui correspondra à la valeur intégrale de la terre qui a été ainsi aliénée. Il n'y aura donc pas une diminution de la valeur du fief qui pour-

rait lui revenir par la suite du jeu de fief.

Des deux procédés, l'un paraît plus libéral que l'autre, et en réalité, il réserve plus encore que l'autre les droits du seigneur supérieur. Ce sont les deux systèmes qui ont été généralement admis dans le dernier état du droit par les diverses coutumes.

Les quatre types de coutume

1°) Coutumes de tiercement
(ex.nouvelle de Paris)

2°) Possibilité de céder tout le fief, mais sans droit d'entrée (Ex. Orléans).

3°) le jeu de fief indéfini

4°) Coutumes muettes. Elles suppléent par le tiercement

Situation des tiers au cas de jeux de fiefs

On peut distinguer quatre types de coutumes à la fin de l'ancienne France: les coutumes de tiercement, c'est-à-dire les coutumes qui déclarent qu'on peut se jouer des deux tiers de son fief, sous réserve des droits domaniaux et seigneuriaux, mais à la condition de conserver un tiers en exploitation directe. De ce type de coutumes sont Paris (dernier état, nouvelle coutume), d'autre part, les coutumes d'Anjou, de Blois et de Touraine, qui ont toujours été des coutumes de tiercement.

En second lieu des coutumes qui admettent la possibilité de se jouer en bail de tout le fief, mais à la condition de ne pas faire une cession à bail contre remise de droits d'entrée, ce que j'indiquais tout à l'heure. Ce type-là est celui qui est suivi par pas mal de coutumes, en particulier la coutume d'Orléans, qui est la plus connue de toutes, mais ce n'est pas la seule, il y a la coutume de Mantes, de Senlis, de Châlons, de Reims, de St-Quentin, de Dourdans, de Sens d'Auxerre, Vitry, d'Amiens, de St-Omer, Peronne, Berry Sedan, Artois, Chartres, Étampes et Nivernais.

Troisième type de coutumes; celles qui admettent le jeu de fief indéfini, comme l'ancienne coutume de Paris. Il y en a peu.

Enfin, un assez grand nombre de coutumes qui ne sont pas précises sur ce point, qui n'ont pas de disposition expresse sur cette question de jeu de fief, mais dans ces coutumes muettes on appliquait pratiquement le droit commun coutumier de la France, c'est-à-dire la coutume de Paris, le système du tiercement.

Voyons maintenant quelles étaient les réglementations pour les particuliers, pour les tiers qui acquéraient par jeu de fief. Ici, ce serait extrêmement long, il faudrait reprendre chaque coutume particulière, par conséquent, je ne peux pas entrer dans les détails, je vais indiquer sommairement quelles ont été les dispositions de la coutume de Paris dans le dernier état de cette coutume. Ce faisant, je donnerai des renseignements qui sont presque suffisants, parce que c'était le droit commun coutumier, et de plus la coutume de Paris avec son système de tiercement avait des réglementations pour l'aliénation totale, et des réglementations d'autre part pour ce qui dépassait le tiers.

La coutume de Paris a prévu deux cas, elle s'est

demandée deux choses. Elle s'est demandé d'une part ce qui se produirait dans le cas où il y aurait lieu à relief ou à saisie faute d'homme, ou à retrait féodal ou à commise. Elle s'est demandé, d'autre part, ce qui se produirait si on aliénait plus que les deux tiers.

D'abord, cas de relief, saisie faute d'homme, retrait ou commise - ce ne sont pas les seuls cas qui étaient prévus par la coutume de Paris, je m'empresse de l'ajouter, mais les plus importants.

Le relief

Les tiers acquéreurs et l'exercice du droit de relief par la reprise du fief pendant l'année

C'est, vous le savez, le droit de percevoir une année de revenus dans certaines circonstances, en particulier lorsqu'il y avait succession en lignée collatérale (en ligne directe, il n'y en avait plus). Vous savez aussi que le relief pouvait être payé de trois façons: par une somme versée par le vassal à dire d'expert, ou enfin par la reprise effective de la jouissance du fief pendant un an. Cette dernière hypothèse était la plus grave, mais non la plus fréquente, la plus grave, parce que dans les autres cas, c'était le vassal qui payait et les tiers acquéreurs ne s'en inquiétaient pas.

On décide d'abord que le seigneur n'a pas à tenir compte (sauf les frais)

Sous cette hypothèse on a observé que l'aliénation était pour le seigneur res inter alios acta, mais on lui a en même temps interdit de réaliser un enrichissement sans cause. On lui a donc permis de reprendre la jouissance du fief comme s'il n'y avait pas eu jeu de fief, mais on l'a obligé à payer tous les frais utiles qui auraient pu être faits par les acquéreurs pour fructifier la terre. Il était donc tenu de rendre aux divers acquéreurs tous les engrangés ou frais de travail, etc.... faits par eux.

Puis on décide que le vassal doit indemniser les sous-acquéreurs

Ensuite, deuxième règle: le vassal qui a aliéné par jeu de fief est responsable du paiement du relief, par conséquent, les sous-acquéreurs qui ont subi des pertes, non par appauvrissement, mais par manque à gagner, seront indemnisés par le vassal qui devra leur payer une somme égale au manque à gagner pendant l'année où le seigneur aura repris le relief; le vassal devra le payer à ses sous-acquéreurs.

La saisie

En matière de saisie on décida qu'un curateur aux biens vacants pourrait

La saisie faute d'homme était faite lorsqu'un vassal ne faisait pas l'hommage, le seigneur pouvait, après jugement, reprendre le fief et acquérir par là le revenu de ce fief. Ici encore, même jeu de l'idée d'enrichissement sans cause, d'appauvrissement sans cause,

être nommés,
qui porterait
hommage

même obligation de rembourser les frais

La saisie faute d'homme était quelque chose de grave, parce que à l'époque ancienne, alors que le tiercement n'était pas prévu, le vassal pouvait avoir si bien joué de son fief qu'il n'avait plus aucun intérêt à faire hommage, qu'il n'avait plus rien pratiquement à en tirer. Dans ce cas, cela devenait très ennuyeux pour les acquéreurs par jeu de fief: le seigneur reprend le fief, le vassal qui n'y a pas intéressé ne fait pas l'hommage, et aussi longtemps qu'il ne le fait pas, les sous-acquéreurs vont être dépossédés, c'est grave pour eux. C'est peut-être l'hypothèse la plus grave de toutes. Mais alors, on est venu à leur secours d'une façon très efficace en décidant que si le vassal ne faisait pas hommage, le bien devenait vacant. On nommait alors un curateur à biens vacants, et les acquéreurs par jeu de fief pouvaient provoquer judiciairement la désignation d'un curateur à biens vacants. Ils pouvaient également obliger le seigneur à accepter provisoirement l'hommage de ce curateur à biens vacants. Dans ces conditions-là, on pouvait attendre que le vassal fasse hommage ou ne fasse pas hommage, cela devenait complètement indifférent aux sous-acquéreurs.

Voilà donc une façon très élégante de tourner complètement la saisie.

Dans le dernier état du droit le seigneur retraitant n'est qu'un acquéreur à titre particulier

Le retrait.

A la suite d'une aliénation, le seigneur peut choisir entre l'acceptation du quint ou le retrait féodal. Le retrait féodal, c'est très grave si on l'exerce d'après les anciens principes, mais je vous ai dit quelle était l'opinion de Dumoulin sur ce point: respect de toutes les aliénations, et surtout l'opinion de Hervé et des derniers feudistes qui considéraient le seigneur retraitant comme en tous points assimilable à celui qui aurait exercé le retrait lignager, on en faisait un acquéreur, un ayant cause du vassal vendeur, par conséquent, quelqu'un qui était obligé de respecter tous les jeux de fief qui avaient pu être réalisés jusque-là. Dans ces conditions, le retrait cessait d'avoir aucune espèce d'inconvénient: que le fief soit acquis par un nouvel acquéreur ou par le seigneur retraitant, cela revenait exactement au même; puisque le seigneur était mis dans la situation d'un acquéreur.

Pour la commise, même construction doctrinale. La commise a été elle-même considérée comme un acquêt, par conséquent le seigneur acquéreur par commise était bien obligé de respecter toutes les aliénations

qui avaient pu être réalisées jusque-là, il devenait un ~~ayant cause~~ du vassal contre lequel était dressée la commise.

Donc, on le voit, la difficulté est tournée: la commise ou le retrait ne peuvent plus avoir aucune conséquence fâcheuse pour les tiers acquéreurs par jeu de fief.

La saisie qui est encore assez grave n'a pratiquement plus de conséquence puisqu'il suffit de faire désigner un curateur aux biens vacants pour qu'il prenne la place du vassal et fasse l'hommage.

Enfin, dans le cas du relief, il y avait un petit inconvenienc^t, mais combien rare dans la pratique, et puis il y avait toujours possibilité de réclamer une indemnité au vassal si l'acquéreur avait été amené à faire une perte à l'occasion de l'exercice du droit de relief.

Nous sommes arrivés, on peut dire, pratiquement, à la possibilité, sous la réserve de la foi, d'aliéner quasi-librement les fiefs.

Conséquences du dépassement de fief; les aliénations qui dépassent les deux tiers sont annulées

Reste la question du cas où on aurait aliéné par jeu de fief plus des deux tiers du fief, et où on se serait tombé sous la disposition de l'art. 51 de la nouvelle coutume de Paris dont je vous ai parlé tout à l'heure. Ici, la nouvelle coutume de Paris a posé un principe sans indiquer quelles en seraient les conséquences et les sanctions, de sorte qu'il y a eu discussion sur la question de savoir quand il y aurait dépassement des deux tiers en pratique. Elle donne lieu à des décision de jurisprudence, je n'y insiste pas. D'une façon générale cette jurisprudence disait que si l'aliénation se faisait tout d'un coup, si on aliénait en une fois plus des deux tiers il fallait faire tomber tout l'aliénation. Si au contraire c'était fait par ventes successives, bien entendu, seules les dernières aliénations qui dépassaient ces deux tiers pouvaient tomber.

Dans les fiefs de danger le dépassement est sanctionné par la commise

Mais quelles étaient alors les conséquences et les sanctions de ce dépassement de fief ? Est-ce qu'on va prononcer une commise ? Quelques coutumes ont prononcé la commise dans les pays où les fiefs étaient dits fiefs de danger. C'était le cas en Dauphiné, Lorraine et Bourgogne. Là si on dépassait, ou même dans certaines de ces coutumes, simplement si on faisait une aliénation de jeu de fief non permis, sans l'autorisation du seigneur, il y avait commise. Seulement ceci n'a

Dans la coutume généralement pas été suivi. Le plus souvent, on a fait de Paris le ~~sei~~-ce qu'a fait la coutume de Paris, c'est, vous allez le gneur est obligé d'accepter droit: s'il y a aliénation de plus des deux tiers, l'acquéreur sera tenu de payer au seigneur le quint, et

l'hommage du
nouvel acqué-
reur

le seigneur sera tenu par conséquent de recevoir cet acquéreur à hommage. Ceci est quelque chose d'énorme ! Voilà un seigneur qui est obligé de laisser son vassal démembrer le fief et quand le fief a été démembré il est obligé d'accepter ce nouvel acquéreur à hommage, c'est quelque chose qui va contre les anciens principes, mais c'est quelque chose qui sanctionne la règle de la restriction du jeu de fief, tout en développant presque les pouvoirs d'aliénation dont dispose le vassal.

L'acquéreur
peut imposer
au seigneur la
sous-inféoda-
tion

Dans la pratique, on a été plus loin encore. On a fini par admettre que le vassal vendeur et le tiers acquéreur avaient toujours le droit de choisir entre le jeu de fief dans la proportion des deux tiers et le système de la sous-inféodation. Si le tiers acquéreur se disait : j'ai mieux pour éviter, par exemple, les difficultés du relief pour éviter les petits inconvénients qu'il peut y avoir au système du jeu de fief, j'aime mieux tenir directement du seigneur supérieur. Dans ce cas, le seigneur supérieur était obligé d'accepter le quint et d'accepter l'hommage qu'on soit ou qu'on ne soit pas au delà des deux tiers permis, c'était l'obligation pour le seigneur de laisser faire cette sous-inféodation et c'était la liberté pour les autres de choisir. Ici, nous avons eu encore une augmentation de la liberté d'aliéner.

Si je voulais être tout à fait complet, j'aurais encore quelques précisions à vous donner, en particulier à vous faire remarquer que le jeu de fief n'a pas seulement existé dans les rapports du vassal avec ses acquéreurs, mais encore dans les rapports du seigneur direct avec son vassal à lui. Du moment que vous admettez que le vassal peut aliéner son fief par jeu de fief, vous êtes bien obligé d'admettre que le seigneur supérieur qui a un certain domaine direct dans son fief, doit avoir la possibilité de faire les mêmes jeux de fief, et que par conséquent, il doit avoir la possibilité d'accepter des sous-inféodations des acenssements de toutes natures qui vont modifier les relations.

Je n'ai pas le temps d'insister sur ce point, mais je voudrais vous faire sentir que nous allons avoir des jeux de fief non pas seulement dans les relations du vassal et de ce tiers acquéreur, mais encore dans les relations du seigneur avec son vassal. Je n'insiste pas davantage.

Le jeu de fief
irrégulier

Je signale tout de même encore ce que l'on a appelé pour vous montrer à quel point on a été loin, le jeu de fief irrégulier. Dans ce système voici ce que l'on a fini par admettre comme possible : un vassal peut vendre son fief tout entier à un tiers acquéreur

qui va devenir le seigneur du fief vis-à-vis de lui, et il va reprendre de cet acquéreur devenu son seigneur le tiers du fief à titre de censive, il va devenir le censitaire d'un acquéreur qui va devenir son seigneur, et il continuera tout de même à réserver la voix vis-à-vis du seigneur supérieur pour faire le jeu de fief. Vous voyez comme nous allons modifier les règles du fief. Nous allons avoir un fief qui va être fief en l'air ayant un seigneur direct et qui va d'un autre côté se retourner de situation. Henrion de Pernay disait: c'est tout à fait permis ! L'art. 51 de la coutume de Paris l'autorise ! Lisez cet article 51 et vous allez voir comme il l'autorise ! vous aller le voir en effet: "Le vassal ne peut démembrer son fief au préjudice et dans le consentement de son seigneur supérieur, mais bien se peut jouer et disposer et faire son profit des héritages, rentes étant du dit fief sans payer profit au seigneur dominant pourvu que l'aliénation n'excède pas les deux tiers, à la condition qu'il retienne la foi entière et quelques droits seigneurial ou domanial sur ce qu'il aliène". Or, dit-il, nous avons une aliénation des deux tiers, nous avons la foi entière, et enfin il réserve tout de même quelques droits seigneurial ou domanial.

Je n'ai pas besoin de commenter.... Vous voyez comment ce prodige d'interprétation littérale tourne l'esprit du texte, mais ceci nous montre à quel point on trouvait qu'il fallait pouvoir jouer du fief.

Et on a été plus loin: est-il possible de se jouer de la justice qui appartient à un fief ? Là évidemment, toute justice émanant du roi, on s'est dit: c'est se jouer du roi, et il n'est pas possible vis-à-vis du roi qu'on soit deux à tenir la même justice. Dans les pays comme la nouvelle coutume de Paris où il y a le système du tiercement, on ne le peut pas, parce qu'on serait obligé de réservier pour quoi un tiers de cette justice, l'autre ayant les deux tiers, il y aurait deux individus en face du roi. Mais, dans les coutumes où on ne prévoit pas le tiercement, on peut bien y aller, il n'y a qu'à sous inféoder le tout, le roi n'a pas besoin de savoir qu'on a joué et on est toujours un seul en face de lui.

Voilà jusqu'où on a été

Il me resterait maintenant à vous dire quels ont été les droits respectifs du seigneur et du vassal en face de ce fief dans le tout dernier état du droit, il est trop tard pour que je traite cette question, il vous suffit de vous reporter à ce que je vous ai dit pour que vous puissiez, en étudiant en particulier

cette question de la commise, des saisies, du retrait et du relief, et d'autre part ce que je vous ai dit pour ces aliénations totales ou partielles pour que vous puissiez très aisément arriver seuls à reconstituer exactement quels sont les droits respectifs de l'un et de l'autre. C'est très facile avec les explications que j'ai données.

Les pouvoirs du seigneur ont parfois retrouvé de la vigueur.

J'ai seulement deux remarques à faire. La première, qui ressort aussi de ce que j'ai dit, c'est qu'il ne faudrait pas croire que les droits du seigneur et du vassal ont été les mêmes exactement dans toutes les coutumes, il y a eu des différences sensibles d'une coutume à l'autre. Il ne faudrait pas croire non plus que les droits du seigneur supérieur aient été en baisse en ligne continue depuis la fin de la période féodale jusqu'à la Révolution. Il y a eu des dents de scie, songez par exemple à cette réaction contre l'ancienne coutume de Paris pour exiger le tiercement et interdire l'aliénation par jeu de fief de la totalité du fief; songez à cette obligation dans d'autres coutumes de ne plus faire d'aliénation que par cens ou rente totale sans réserves des deniers d'entrées. Il y a là la preuve très nette que nous n'avons pas vu les pouvoirs du seigneur baïsser continuellement, c'est plus complexe que cela.

A l'origine on appelait seigneur direct le propriétaire. Dans le dernier état du droit c'est le vassal

Néanmoins, il convient de remarquer tout de même qu'on s'est rapproché continuellement et d'une façon progressive, en doctrine, malgré les faits quelquefois contraires, de cette théorie qu'il n'y a pas un domaine direct et un domaine éminent égaux. Il existe bien un domaine direct et un domaine éminent, mais il faut tout de même qu'il y ait un seul propriétaire. Et à l'origine on a appelé propriétaire le seigneur direct et dans le dernier état du droit le vassal. Je vais vous citer quelques textes là-dessus dans les deux sens qui montrent qu'à une époque on a considéré que c'était le seigneur qui était propriétaire, et qu'ensuite on a considéré que c'était le vassal ou le censitaire qui était propriétaire. Ceci a une grosse importance parce que le mot ici a eu des répercussions psychologiques. C'est le vassal qui est propriétaire, c'est le censitaire qui est propriétaire, par conséquent c'est lui qui doit avoir le jus utendi fruendi et abutendi. Pothier le dit textuellement. Et tous les droits seigneuriaux qui subsistent vont donc apparaître comme des espèces de restrictions injustes du droit de propriété. Comme on aura perdu la notion ancienne des droits très légitimes des seigneurs, ils paraîtront quelque chose d'abominable et il y aura là une tendance psychologique à vouloir détruire une féodalité plus vite qu'on ne l'aurait fait si on n'avait pas

Le propriétaire ou le jus utendi fruendi et abutendi.

Importance de l'idée de propriété romaine pour la transformation des idées.

changé le vocabulaire. Ici le mot ou l'idée romaine a certainement eu sa part d'importance.

Voici donc quelques textes qui à ce point de vue sont assez précis. Il y en a que je vous citerai, il y en a d'autres que je vous rappellerai.

Rappeliez-vous la définition du fief d'après Du-moulin: dans le fief, il y avait un élément essentiel et un seul: la fidélité. Mais il y a une autre définition dans laquelle il précise qu'il y a une concession du seigneur du domaine direct, la propriété étant retenue.. J'insiste sur ce mot propriété parce qu'il a été supprimé dans la définition correspondante que Pothier a donnée ultérieurement.

Vous vous souvenez aussi de la définition de B'Argentré: ce qu'il y avait d'essentiel dans le fief c'était l'existence des deux domaines.

Voici encore une définition qui nous est donnée par Fourré sous l'art. 33 de la coutume de Blois dans son commentaire de cette coutume: "Le domaine est double, l'un direct; celui-là c'est le vrai, le propre, "le principal domaine, c'est celui en effet auquel le "titre de propriétaire convient et à celui-là seul".

Si, d'autre part, nous regardons ce que disent, par exemple les auteurs que je vous citais comme Hervé ou comme Henrion de Pensay, dans beaucoup de textes, on verra le mot propriétaire servant à désigner le vassal.

Voici maintenant en quels termes s'exprime Pothier. De Pothier il y a des définitions du fief que je vous ai déjà données, mais on pourrait encore trouver de lui cette formule qui se trouve dans son traité des fiefs et où après nous avons donné la définition du fief dans laquelle il nous dit qu'il y a un élément propriété au profit du vassal, il ajoute: "la seigneurie utile comprend le droit de percevoir toute l'utilité de la chose, en jouir, user et disposer à son gré, à la charge néanmoins de reconnaître le seigneur direct". C'est exactement dire ce que je vous disais ce matin en terminant: nous avons un jus utendi fruendi et abutendi au profit du vassal propriétaire avec cependant la charge de reconnaître le domaine direct, si bien que le domaine direct devient une servitude de la propriété. Retenez cette formule, nous y avons les trois éléments, et volontairement, car il savait très bien en disant cela qu'il paraphrasait les formules des commentateurs du droit romain.

Voici comment Pothier s'exprime dans le traité de la propriété, chap. Ier: "Il n'y a aujourd'hui à l'égard des meubles qu'une seule espèce de domaine qui est le domaine de propriété, à l'égard des héritages tenus en alleux. Il n'y a également qu'un seul domaine

La définition du fief chez les juristes

La définition du domaine utile chez Pothier c'est un droit absolu de propriété

"de propriété. A l'égard des héritiers tenus en fiefs "ou en censives, on distingue deux espèces de domaines "le domaine direct et le domaine utile" (Il n'a pas perdu le souvenir des deux domaines). Il ajoute: "Le domaine direct n'est plus qu'un domaine de supériorité et n'est autre que le droit de se faire reconnaître à seigneur par les propriétaires des héritages - tenus, et exiger certains devoirs et certaines redéances récognitives de leurs seigneuries".

Vous voyez donc qui on désigne comme propriétaire: celui qui a le domaine utile. Et vous voyez comment on traite l'autre domaine. Et il dit plus loin que c'est le domaine utile qui est le domaine de propriété "celui qui a le domaine utile se nomme propriétaire, celui qui a le domaine direct se nomme seulement seigneur. Il est bien propriétaire de son droit de seigneurie, mais ce n'est plus lui, c'est le seigneur utile qui est proprement le propriétaire de l'héritage".

Il est impossible d'être plus net, plus précis.

Et dans ces conditions-là, vous comprenez que ce que je vous disais est bien exact: le domaine direct n'est plus qu'une charge réelle qui pèse sur un héritage dont le vassal ou le censitaire est devenu le vrai et le seul propriétaire. Ceci explique qu'il y ait eu une réaction contre ces droits et un désir de les supprimer.

La censive.

La condition de la censive ne s'est pas notablement modifiée

Après vous avoir parlé du fief, j'aurais dû maintenant ouvrir un grand titre et aborder la question de la censive. Pour ce faire, il me reste trop peu de temps.

Je ne regrette qu'à moitié de ne pouvoir traiter la question de la censive, et voici pourquoi: le sort des censives s'est beaucoup moins modifié au cours des siècles que celui des fiefs, et en réalité, il n'y a pas une très grosse différence entre ce que je vous ai dit pour les censives d'avant la rédaction des coutumes et ce que je vous dirais maintenant pour les coutumes du dernier état de l'ancien droit. Pas de changements très profonds, très peu de difficultés au moment de la rédaction des parties des coutumes relatives aux censives. Généralement les procès verbaux en parlent assez peu, parce que généralement il n'y a pas eu beaucoup de discussion. Ce droit-là était fixe, il ne s'est plus très sensiblement modifié. C'est toujours à peu près la même situation: la censive doit toujours le cens les droits seigneuriaux et il y a une assez grande liberté d'aliénation.

Elle doit toujours le cens et vous savez que c'est

un cens recognitif d'un domaine de seigneurie, du domaine direct qui existe au-dessus d'elle. Donc valeur juridique très grande.

Je vous ai dit d'autre part que ce cens - précisément c'est le seul point un peu délicat - que ce cens ayant une valeur plutôt juridique qu'économique, le cens n'est pas partageable. Je suppose que vous divisez par sous-aliénations une censive: vous pourriez partager les rentes qui pèseraient peut-être sur cette censive, vous ne pouvez pas partager le cens parce qu'il est recognitif d'un pouvoir supérieur, parce qu'il a une valeur juridique et non pas économique, de sorte que le détenteur de chacune des parties peut être tenu du paiement de la totalité du cens, et c'est ce qui va gêner dans une certaine mesure le jeu de censive et c'est ce qui fera que nous n'aurons pas à proprement parler de jeu de censive.

Vous savez aussi que si cens n'était pas payé, on imposait généralement simplement une amende parce que des procédures de droit commun. Il n'y avait presque plus de coutumes connaissant la saisie censuelle pour faute de paiement du cens ou de l'amende. Il y avait des pays qui ont conservé la saisie censuelle jusqu'au bout, mais il y en avait d'autres qui avaient abandonné la saisie censuelle pour donner simplement une procédure de droit commun en paiement de l'amende.

Les droits seigneuriaux sont restés les mêmes qu'autrefois. Il y avait les droits de relevaison qui correspondaient au droit de relief; les droits de lods et ventes qui étaient dûs en matière de mutation et qui correspondaient aux droits de quint, ces droits de lods et ventes égalant en général le douzième; le droit de reprise, en cas de déguerpissement, était théoriquement important. C'était quelque chose d'analogue à la commise, seulement cette reprise pour déguerpissement était pratiquement très rare, parce que le cens était généralement insignifiant et par conséquent déguerpir pour ne pas payer le cens c'était abandonner tout le profit, tout le domaine économiquement utile d'une terre pour ne pas payer un cens recognitif qui n'avait qu'une valeur économique extrêmement faible. De sorte que le déguerpissement avait un intérêt plus théorique que pratique.

Le retrait censuel, correspondant au retrait féodal, existant dans certaines coutumes, mais d'autres coutumes, comme celle de Paris ne l'admettaient pas?

D'autre part, il faut noter, mais cela m'entraînerait trop loin, qu'il y avait quelquefois des censives qui, outre le cens devaient le surcens ou le champart. On disait surcens quand c'était une somme en argent et champart quand c'était une redevance en nature. Le

Rareté du déguerpissement, le cens étant minime

Le surcens et le champart.

L'usage
Caractère juridique du surcens

surcens ou le champart pouvait avoir un caractère seigneurial; il pouvait se faire en effet qu'un seigneur qui reprenait sa censive exige pour la redonner à cens outre le cens ~~re~~ognitif de dépendance juridique, un surcens ou un champart qui aurait eu une valeur économique. Il pouvait exiger les deux, et donner au surcens le même caractère juridique qu'au cens, et alors les droits de saisie qui pouvaient exister pour prendre le cens en cas de non paiement existaient aussi réclamer le surcens.

Mais on pouvait aussi avoir des droits dits surcens exigés de quelqu'un qui n'était pas le seigneur censier, et qui alors n'avaient pas la même physionomie que le cens et ne pouvaient plus être réclamés par la saisie. Dans ce cas nous avions quelque chose qui était purement contractuel, réglementé d'après des règles extra-féodales, extra-seigneuriales.

On pouvait enfin aliéner la censive d'une façon tout à fait libre à la seule condition de payer le cens, économique très peu important. Par conséquent on arrivait à une possibilité d'aliéner la censive très aisément, simplement en étant obligé de payer indéfiniment un droit ~~re~~ognitif qui avait une très petite valeur. De sorte que, si nous avions eu la censive nue la censive purement juridique, sans un bail à cens au-dessus qui prenait une allure économique, si nous avions uniquement la censive avec uniquement le petit cens exigé d'elle, nous avions une terre qui pratiquement pouvait être alinéée en toute liberté, qui pratiquement ne risquait nulle part la saisie censuelle, puisque la redevance ainsi sanctionnée était insignifiante et qui dans beaucoup de coutume ne risquait pas non plus le retrait censuel. Les censives devaient simplement payer le cens et payer lors des aliénations, au titre de lots et ventes, un droit d'un douzième du prix.

Dans ces conditions-là, par conséquent, la censive était devenue une terre presque complètement libre, plus libre que le fief, et on avait intérêt à avoir plutôt une terre arborée, une terre en censive que d'avoir une terre en fief, parce que les droits exis-

Effort pour transformer les fiefs en censi-
ves.

tant dessus étaient encore plus faibles. Il était donc plus intéressant d'avoir une censive que d'avoir un fief, et il y avait un effort pour transformer les fiefs en censives, dans la mesure du possible. Et cet effort aurait été beaucoup plus marqué s'il n'y avait pas eu un reste de préjugé nobiliaire, s'il n'y avait pas aussi une préférence pour le droit d'affinité, et pour les successions avec droit d'affinité plutôt que les successions par parts égales.

C'étaient des questions de ce genre qui faisaient

La roture est plus complètement que le fief la propriété de son détenteur

Survivances d'obligations seigneuriales

La royauté eut le tort de ne pas briser les droits à caractère politique

Définition de la censive chez Dumoulin, on y trouve le domaine direct et le domaine utile

Par Denisart le censitaire est propriétaire; le cens est un impôt

seulement que le fief pouvait être quelquefois préféré à la censive, mais au point de vue strictement économique la censive était préférable. Ainsi l'on peut dire sans aucune exagération que toute l'évolution de l'histoire de la propriété dans l'ancienne France a eu pour résultat de libérer plus complètement le paysan que le noble. En réalité, cette évolution féodale a été plus favorable à la roture qu'à la noblesse, à la roture paysanne qui devenait propriétaire de la terre contre paiement du cens qu'au vassal qui devenait propriétaire de sa terre également contre des obligations qui sans être très lourdes étaient cependant plus lourdes.

Seulement, j'ouvre une parenthèse parce qu'il faut signaler un point sur lequel je reviendrait: il y avait des droits seigneuriaux, tels que des banalités, qui pouvaient être assez pesants, si bien que ce qui était gênant pour le paysans c'étaient peut-être moins les obligations pesant sur la terre en échange de la concession d'une terre (qui, à l'origine, n'était pas sa propriété) que les survivances d'obligations strictement seigneuriales, de ce qui avait été antérieurement des droits politiques. C'est plutôt cela qui était gênant. Le tort de la royauté a été de ne pas briser ce qui restait de politique dans la féodalité: la propriété avait été conquise, malgré quelques redevances assez légères.

Voici d'abord - ceci est assez caractéristique - deux définitions de la censive, l'une de Dumoulin, l'autre de Denisart, et vous verrez ici l'évolution des idées tout à fait comme pour les fiefs, dont je vous ai entretenu.

Dumoulin dit à propos de la censive: "c'est un contrat par lequel le domaine utile d'un certain fonds est transféré moyennant le paiement d'une pension annuelle et perpétuelle, sous le nom de cens, avec la retenue du domaine direct et des droits seigneuriaux"

Dans cette définition, nous avons encore bien nets deux éléments: domaine direct, domaine utile. On n'a pas perdu le souvenir de la distinction des glossateurs, et nous avons encore là deux droits qui sont bien précisés.

Voici maintenant ce que dit Denisart: "On appelle cens ou censive, une redevance qui se paye annuellement au seigneur par les propriétaires d'un héritage roturier situé dans l'étendue de la censive".

Ces définitions sont au fond très différentes.

Nous avons donc un propriétaire d'un héritage roturier qui est tenu de payer au seigneur de l'enclave dans laquelle il se trouve un certain droit de cens. Le cens est donc un impôt au profit du seigneur, pesant

sur la propriété. Et ceci est d'autant plus vrai qu'au cours de cette époque, le principe censuel contre l'alleu s'est tant développé, on considérait que toutes les terres qui se trouvaient dans une certaine enclave devaient faire partie d'un certain cens, et, sauf preuve contraire, toutes devaient faire partie du même cens. Par conséquent, ces terres étaient devenues une propriété, mais une propriété soumise à un individu qui n'était pas le roi, qui n'était pas l'Etat, qui était simplement le seigneur d'une certaine enclave. Il y avait donc une raffermissement de la propriété et en même temps une tendance à trouver odieuse l'obligation de payer à quelqu'un qui n'était pas l'Etat un cens qui avait cessé d'être reconnaissable d'une propriété pour ne plus être qu'une espèce d'impôt privé.

Le bail à rente

J'aurais encore eu ensuite un chapitre sur le bail à rente, contrat par lequel un crédirentier aliénait la propriété de son immeuble à un débirentier en retenant le droit de percevoir annuellement une certaine somme d'argent qu'on appelle la rente.

Cette question aurait été doctrinalement plus importante à traiter que la question de la censive, que je puis à peu près laisser de côté, ainsi que je l'ai dit, parce qu'il n'y a pas eu dévolution bien marquée. La rente n'a pas non plus beaucoup changé non plus avec l'époque antérieure, elle n'est pas très différente de ce qu'elle était déjà au temps dont je vous ai parlé. Elle a pris cependant une physionomie un peu plus nette au point de vue juridique. Autrefois la rente se confondait plus facilement avec la féodalité, avec les cens dus à un seigneur censier, parce que à l'origine, lorsque quelqu'un voulait aliéner sa censive, il l'aliénait contre une rente qu'on devait lui payer, mais contractuellement, il s'arrangeait pour se mettre dans une situation aussi voisine que possible de celle du seigneur censier. Contractuellement, on prévoyait des droits casuels en cas de mutation, contractuellement, on essayait même de prévoir des retraits censuels contractuellement on essayait de prévoir des saisies en cas de non paiement. De sorte qu'il y a eu un effort pour assimiler par contrat la situation du crédit rentier à celle du seigneur censier, si bien qu'à l'origine, il pouvait être extrêmement difficile de savoir si on avait affaire à un seigneur censier ou simplement à un crédit rentier, et c'est pour sortir de difficulté qu'on avait posé le principe "cens sur cens ne faut", de façon à donner une situation bien différente au seigneur censier. On a fini par abandon-

Les caractères
du bail à rente
n'ont pas subi
d'évolution
très marquée

On chercha d'abord à rapprocher le bail à rente de la censive

Puis on pose
des règles
spéciales

Le débit ren-
tier est tenu
à la fois propter
rem et per-
sonnellement

ner cet effort et par donner à la rente une physionomie à part, à soi, distincte, et la rente est devenue sur sorte d'obligation personnelle propter rem, donc quelque chose d'un peu spécial, pas d'accord avec le droit purement féodal et pas d'accord non plus avec le droit romain. Le débit rentier est tenu de payer la rente tous les ans, il est tenu pendant qu'il tient la terre de payer toutes les rentes que la terre doit. Je suppose que quelqu'un devienne acquéreur d'une terre qui doit une rente, qu'il devienne donc débit rentier par acquisition, il sera tenu une fois en possession de payer, non pas seulement la rente qu'il devra lui, de par l'acquisition qu'il aura faite de la terre, mais il sera tenu de payer toutes les rentes que la terre peut devoir. Mais il est tenu de les payer propter rem, et, par conséquent, s'il déguerpit, s'il abandonne la terre, il ne reste plus tenu que de son obligation personnelle à lui de payer sa rente à lui. Et même généralement, on prévoyait par contrat la possibilité pour le crédirentier de poursuivre par action hypothécaire le débirentier sur tous ses biens. Donc, s'il abandonne, il reste tenu de son obligation personnelle à lui de payer la rente due pendant la période où il a joui, mais il cesse d'être tenu de l'ensemble des sommes que doit la terre.

Vous voyez la double physionomie personne et propter rem, une obligation personnelle: une obligation personnelle et qui subsiste s'il déguerpit de payer la rente, tout au moins pour la période de jouissance qu'il a eue, et une obligation propter rem de payer toutes les rentes que la terre doit, qui n'existe que s'il possède la terre.

Et alors ici, nous avons pour sanctionner tout ceci des actions particulières: action hypothécaire ou de droit commun qui ne sont pas actions du seigneur censier, qui sont quelque chose de différent de la situation su seigneur censier.

Nous avons donc, vous le voyez, sur la terre deux espèces de tenures bien différentes, des tenures féodales et des tenures contractuelles. D'un côté, nous avons un seigneur et un censitaire, d'un autre côté, nous avons un individu qui a une situation un peu particulière, un débirentier propriétaire de la terre. Il est propriétaire de la terre et il doit en même temps pour cette terre des rentes, toutes les rentes que peut devoir cette terre pendant qu'il l'occupe. Situation sui generis, qu'on ne peut pas très aisément classer dans d'autres catégories, mais qui n'a pas une saveur féodale, qui n'est pas du droit féodal.

C'était important à noter, parce que, au moment de la Révolution et lorsqu'on voudra détruire le régime

A la Révolution
on fera une

distinction entre les obligations féodales et les obligations contractuelles

féodal on fera une distinction entre les obligations féodales et les obligations non féodales, contractuelles de droit commun et qui n'impliquent pas une idée de hiérarchisation des personnes et des terres. Cela sera la grosse division.

Il eut été, on le voit, intéressant de développer davantage. Je ne peux le faire, mais vous avez du moins une idée de la question.

L'aggravation des droits seigneuriaux à la veille de la Révolution.

Après cela, il aurait fallu, avant de terminer, que je fasse une allusion à l'aggravation des droits seigneuriaux à la fin de l'ancien régime. La féodalité, d'une façon plus générale les charges pesant sur la terre ou sur les personnes, ont été plus rigoureusement exigées au XVIII^e siècle que pendant les périodes précédentes, et ceci aurait été videmment très intéressant à noter, plus peut-être au point de vue historique qu'au point de vue juridique, si on voulait faire l'histoire des causes de la Révolution française.

Il y a eu en particulier une pratique je ne puis qu'indiquer, que je puis pas songer à développer, une pratique qui à cette époque a pris une très grosse importance, c'est la pratique de la réfection des terriers. Le terriar c'était les archives d'un seigneur dans lesquelles il conservait sous ses titres de propriété ou de seigneuries et dans lesquelles il avait la liste et l'énumération de ce qu'il pouvait réclamer à un titre quelconque des terres ou des personnes qui se trouvaient sans sa dépendance. On avait assez négligé la confection de ces terriers pendant longtemps. Au XVIII^e siècle on s'est remis à les faire d'une façon fréquente, périodique et avec le principe antiallodial qui prédominait, il y a eu là un renforcement très net de ce qu'on pouvait exiger.

De plus, on a fini par exiger que tous les vassaux, que tous les censitaires, que tous les individus qui pouvaient devoir des droits quelconques viennent faire leur déclaration au greffe seigneurial, et on pouvait même admettre, surtout pour les terres roturières qui n'étaient pas évidemment des fiefs le principe qu'elles devaient payer la même somme que les voisines; et si elles n'apportaient pas la preuve qu'elles ne le devaient, elles y étaient contraintes.

De plus, certaines personnes, comme de Frémainville, qui était une sorte de chartiste, doublé d'un agent d'affaires fouillait de tous les côtés, dans tous les vieux textes pour essayer de retrouver des droits et pour les exiger à nouveau, même s'ils n'étaient pas perçus depuis longtemps. Si bien qu'il y a eu là un renforcement très net des droits seigneuriaux, et j'en tends pas droits seigneuriaux quelque chose de très

La réfection des terriers

On cherche à rétablir des droit très anciens

large: droits de justice, droits honorifiques, banalités, etc... Il y avait des droits qui étaient très gênants et très nombreux. Par exemple deux décrets de 1790 ont supprimé une centaine de droits honorifiques il est vrai que très souvent c'était le même droit qui avait des noms différents d'une coutume à l'autre.

Ces droits étaient donc très élevés, il y a deux ans, Labrosse a fait une thèse sur l'esquisse du mouvement des prix au XVIII^e siècle en France, et dans cette thèse il a montré que, au cours du XVIII^e siècle, il y avait eu un enrichissement très certain, on était devenu plus riche à la fin du XVIII^e siècle qu'au commencement, le prix des produits alimentaires avait augmenté dans des proportions considérables, peut-être 60 %. Mais en même temps que les prix augmentaient d'une façon considérable, les salaires augmentaient très peu. Donc, misère pour les ouvriers. De plus, grâce à ce jeu des terriers, d'une part, et grâce, d'autre part à l'augmentation des prix des matières, les droits seigneuriaux ont augmenté plus rapidement que le prix de vente des produits alimentaires. Et il faut bien songer que ce sont les tout petits propriétaires qui étaient le plus chargés de droits seigneuriaux. Très souvent les droits seigneuriaux étaient exactement les mêmes qu'on soit petit ou gros propriétaire; leur augmentation plus rapide que l'augmentation du prix de vente a pu être très lourde pour les petits propriétaires. Pour les gros propriétaires qui ont joui de l'augmentation du prix de vente et pour lesquels la proportion par rapport au prix de vente de ce qu'ils avaient à payer au seigneur représentait peu de chose, il y a eu un enrichissement. Mais pour les autres, ceux pour lesquels la proportion entre les produits qu'ils pouvaient vendre à leur profit et ce qu'ils devaient donner au seigneur était moins élevée, l'augmentation plus rapide des droits seigneuriaux que des prix de vente devenait pour eux quelque chose d'extrêmement lourd, et pour eux il y a eu un phénomène d'appauvrissement. De sorte que, au XVIII^e siècle, les grands paysans et les seigneurs sont devenus plus riches, et les petits paysans sont devenus plus pauvres. Et il y a évidemment là une cause de mécontentement.

Il faut donc considérer que cette question des droits féodaux et de l'organisation féodale de la terre a une grosse importance historique, c'est certainement une des causes les plus importantes de la Révolution française. Vous vous rappelez ce que je vous ai dit à propos des cahiers de 1789: je vous ai fait remarquer que les cahiers de villages s'occupaient exclusivement et uniquement des droits seigneuriaux, que dans les bailliages on a camouflé un peu cette question.

Augmentation
des prix à la
fin du XVIII^e
siècle

L'augmentation
des droits
cause de la
Révolution

mais que chez les paysans c'était la grosse et la seule question qui les a uniquement occupés pendant toute la Révolution française. Le changement de constitution et les théories de Montesquieu ou de Rousseau leur étaient indifférentes! C'était tellement pour eux la question primordiale que, lorsque Napoléon est revenu de l'île d'Elbe et qu'il a débarqué après avoir en face de ses soldats, fait de belles déclarations militaires, lorsqu'il s'est trouvé en face des paysans, il a dit: "Je viens pour empêcher le rétablissement des droits seigneuriaux". C'est dire que cette question avait de l'importance et c'est ainsi qu'il put soulever les campagnes.

Vous savez qu'il y a eu au XVIII^e siècle - j'en-tends par là avant la Révolution - plusieurs auteurs qui se sont élevés contre l'existence de ces droits seigneuriaux et qui en ont demandé l'abolition, et en particulier parmi eux Boncerf qui a écrit un traité sur la suppression des droits seigneuriaux. Je n'ai pas reproduit le texte parce qu'il est un peu pompeux. Il nous parle des droits seigneuriaux qu'il convient d'abolir: sur la terre, la terre la moins chargée, qu'est ce que nous avons comme tenanciers successifs ? Il y en a un premier qu'il signale tout de même pour mémoire. Vous direz peut-être qu'il a si peu de droits que je ne devrais pas en parler ! Je le signale tout de même, c'est le cultivateur. Cela en fait un. Nous en avons ensuite un deuxième, le seigneur direct. Ensuite un troisième le décimateur. Un quatrième: le curé qui a droit à la dime du sang. Vous avez ensuite un seigneur avec son droit de chasse. Vous avez dans tous les cas au moins une rente souveraine. Vous avez généralement un droit de parcours, c'est-à-dire le droit de laisser passer les animaux à certaines époques de l'année. Et puis enfin, vous avez très souvent un fermier en même temps que le cultivateur et avec lui. Ceci nous donne huit personnes, et en supposant que nous ayons une terre qui n'ait qu'un vassal et deux seigneurs. Alors vous voyez quel est le nombre de gens qui peuvent avoir des droits sur la terre.

J'en ai fini avec cette question. Je laisse de côté l'ancienne France, et j'en arrive alors à la période révolutionnaire, ne pouvant lui consacrer que quelques instants, bien à regret, car la matière est délicate.

LA PERIODE REVOLUTIONNAIRE.

Pour cette période, nous avons eu tout de suite des troubles.

Vous savez ce qui s'est passé la nuit du 4 août, qu'on appelle cela une crise de nerfs ou un geste de générosité, peu importe.

En une nuit le cadre social de l'ancienne France disparaît

Il y avait évidemment des troubles chez les paysans qui pouvaient devenir dangereux, c'est incontestable, mais les députés ont commencé à dire: il faut abolir les priviléges seigneuriaux. On a accepté l'idée, et les députés de l'Eglise, les députés des bonnes villes et les bourgeois déclarent qu'ils renoncent à tous les priviléges, ainsi que les représentants des provinces qui renoncent à toutes les particularités des provinces. Et c'est ainsi qu'en cette nuit on a renversé tout le cadre social de toute l'ancienne France. Je ne crois pas qu'il y a deux exemples de nuits aussi folles dans l'Histoire !

Inquiétudes des députés, le lendemain du 4 août.

Mais, le lendemain, les députés étaient calmés et ils ne voulaient plus de leur nuit du 4 août ! Seulement, les campagnes en voulaient. Elles avaient surtout retenu qu'on allait supprimer les priviléges seigneuriaux, et elles étaient bien décidées à les considérer comme supprimés.

Résistance du roi

Il a fallu se décider à agir, et alors le 11 août la fièvre était tombée, on a rendu un décret en application des décisions du 4 août. Ce décret du 11 août, le roi n'a pas voulu le contresigner, il ne s'y est décidé que le 3 novembre; le décret n'eut force de loi que le 3 Novembre 1789. Mais encore ici, y avait-il des réserves assez sérieuses. On a essayé de revenir,

Le décret du 11 aout ne s'appuie qu'à l'abolition de la mainmorte; les autres droits féodaux sont rachetables

dans la mesure où on le pouvait, sur ce qu'on avait si follement accordé le 4 août. On a commencé par poser ce principe dans l'art. Ier de ce décret du 11 aout 1789: "L'Assemblée Nationale détruit entièrement le régime féodal et décrète que dans les droits et devoirs tant féodaux que censuels, ceux qui tiennent à la mainmorte réelle et personnelle et ceux qui les représentent sont abolis sans indemnité, et les autres sont déclarés rachetables, et le prix et le mode de rachat seront fixés par l'Assemblée Nationale".

Il y a donc trois parties dans cet article Ier: on commence par déclarer que l'Assemblée Nationale détruit entièrement le régime féodal. Ensuite elle ajoute: en application de ce principe, on décide qu'on abolit immédiatement, purement et simplement, sans aucune espèce d'indemnité les droits et devoirs tant féodaux que censuels qui tiennent à la mainmorte, réelle

et personnelle. Nous allons donc supprimer ceux des droits féodaux qui représentent la mainmorté, réelle ou personnelle, les droits féodaux qui ont une saveur de servage, mais nous ne supprimons que ceux-là. Et les droits féodaux qui n'ont pas cette allure de servage nous les maintenons, nous décidons simplement qu'ils pourront être rachetés à bons deniers comptant par les paysans, ou par les vassaux.

Vous voyez qu'il y a une très grosse différence entre le principe posé et les dispositions prises en exécution de ce principe.

Il y a ensuite un article 6 dans lequel on dit: "que les rentes perpétuelles à ces baux à rentes dont "je parlais tout à l'heure, seraient déclarés rachetables, et par conséquent cesseraient d'être perpétuels".

De plus, il y avait d'autres dispositions dans ce décret du 11 août, en particulier une disposition qui a fait la joie des paysans: la suppression des droits de chasse.

Mécontentement des paysans
Mais les paysans, dans ce décret, avaient retenu le principe, ils n'avaient pas retenu les dispositifs qui suivaient, de sorte que ce décret au lieu de calmer les paysans va les exciter au contraire: vous avez supprimé le régime féodal, nous ne devons plus rien. Et ce n'est pas du tout ce que leur disait le législateur, tout au moins celui du 11 août. En réalité tous les droits pécuniaires très importants et très graves subsistaient, on les déclarait seulement rachetables. Cela ne faisait pas l'affaire des paysans ? Et par conséquent, cette journée du 11 août, au lieu de calmer, a excité, au lieu d'améliorer la situation, l'a aggravée. Il a fallu alors préciser les principes très vagues posés par l'art. Ier du décret du 11 août 1789. Il a fallu définir ce qu'on entendait par servitudes personnelles ou réelles, il a fallu préciser quels étaient les droits qui étaient supprimés et quels étaient ceux qui étaient déclarés rachetables. Pour cela des décrets successifs sont intervenus.

La succession des décrets interprétatifs du décret du 11 août:
Un décret du 15 mars 1790 pour dire quels étaient les droits supprimés et quels étaient les droits rachetables; un décret du 3 mai 1790 pour indiquer quelles seraient les modalités du rachat; et enfin, un décret du 17 décembre 1790 pour indiquer comment les rentes perpétuelles devraient être rachetées. Voilà les trois décrets.

Le principe nouveau de Merlin de Douai L'usurcation
1° - Décret du 15 mars 1790 - Il est l'œuvre d'un juriste qui a même travaillé presque plus en doctrinaire qu'en législateur: Merlin de Douai, aidé par Tronchet. Merlin s'est dit que le principe du décret du 11 août 1789 n'était pas clair et que le principe de

la suppression des droits qui tenaient à la mainmorte, réelle ou personnelle n'était pas suffisant pour qu'on puisse voir quelles devaient être les applications pratiques, et il a pris un principe nouveau.

Vous voyez donc notre troisième évolution: 4 août 11 août où on abolit la mainmorte suivant un peu l'idée de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen; ensuite 15 mars 1790 où on pose un principe différent.

Merlin dit ceci: "Après un examen très réfléchi "il nous a paru qu'on devait comprendre dans la liste "des droits abolis tous ceux qui ne dérivent ni d'un "contrat d'inféodation, ni d'un contrat d'acenssement, "qui ne sont dus que par la personne, indépendamment "du fonds et qui n'ont pour cause qu'une occupation "enhardie par la féodalité, soutenue par la puissance "seigneuriale et légitimée par la loi du plus fort". Il pensait, en disant cela, être beaucoup plus clair que le décret du 11 août ! Il a une belle phrase pour nous dire qu'il faudrait faire une distinction historique et distinguer entre ce qui est l'usurpation et ce qui n'en est pas. Heureusement, cette dernière phrase n'a pas une très grosse importance pratique, on s'est plutôt rapporté à la première partie du texte qui nous disait: il a paru qu'il fallait faire une distinction entre les droits qui dérivent d'un contrat d'inféodation ou d'acenssement et puis les autres. En réalité, Merlin est revenu à une idée qui n'était pas très exacte, qui n'est pas très claire, mais qui était très courante chez les auteurs du XVIII^e siècle; il distinguait entre la féodalité dominante et la féodalité contractante: féodalité dominante complètement supprimée, féodalité contractante complètement maintenue, ou plus exactement, rendue rachetable, rendue non forcément perpétuelle.

Quelle était donc alors la féodalité dominante ou plus exactement, quels étaient les droits qui dérivaient de cette féodalité dominante ? Ici, les articles subséquents, le titre Ier de ce décret du 15 mars 1790 nous le dit. Il dit ceci: on considérait comme droits de féodalité dominante et donc supprimés d'abord tous les droits honorifiques, ensuite toutes les corvées personneslles, d'autre part, tous les droits de justice et les justices, la chasse qui était considérée également comme féodalité dominante, ensuite on considérait comme féodalité dominante la foi et l'hommage. C'était assez logique. Mais on ajoutait à la foi et l'hommage: l'aveu, le dénombrement, la saisie, la commise, le retrait. C'est complètement absurde. Ce n'est pas de la féodalité dominante du tout, c'est de la féodalité contractante, non seule-

La distinction
entre la féoda-
lité dominante
et la féodalité
contractante

Enumération des
droits de la
féodalité do-
minante suppri-
més

ment historiquement mais même et surtout avec la doctrine des derniers feudistes comme Dumoulin ou Hervé. Rappelez-vous tout ce que je vous ai dit vous verrez combien il est absurde d'aller placer comme féodalité dominante à supprimer à côté de la foi et de l'hommage le dénombrement, la saisie, la commise ou le retrait.

Ensuite, on supprime comme féodalité dominante la mainmorte réelle et les corvées personnelles. Soit La mainmorte réelle ce n'est peut-être pas de la féodalité dominante, mais il s'y attache à tout le moins une idée contraire à la liberté individuelle, une idée qu'il y a des hommes qui n'ont pas de droit à la propreté à la succession, C'est exact.

D'autre part, sont alors maintenues les redevances seigneuriales annuelles, qu'elles soient en argent ou en nature. Par conséquent, les cens, les surcens, les rentes seigneuriales, tout cela c'est maintenu. C'est logique. Seulement il y en a d'autres: sont également maintenus les droits casuels de lods et ventes, de quint et de relief. Pourquoi les droits de quint de relief et de ventes sont-ils maintenus et pourquoi la commise et le dénombrement ne le sont-ils pas ? C'est inexplicable.

Ensuite, les corvées réelles sont également maintenues comme étant une charge purement foncière.

Merlin termine son décret par cette formule : "L'objet du décret du 4 août a été d'adoucir le sort des censitaires, mais on ne doit pas à l'amélioration de leur sort le sacrifice des principes de la justice et de la légitimité".

Somme toute, il y a eu ici un critérium insuffisamment précisé et mal suivi, mais il y a eu évidemment un effort pour faire quelque chose de juste, pour supprimer ce qui apparaissait comme odieux, et pour maintenir ce qui apparaissait comme un droit de propriété légitime; il y a eu un effort d'honnêteté.

2° - Le décret du 3 mai 1790 est intervenu ensuite, essayant de fixer quelles seraient les conditions de rachat. Sur ce décret, je ne puis pas insister parce que c'est surtout ici qu'il y a de la réglementation.

Les redevances annuelles furent fixées très aisément: elles étaient rachetées au denier vingt en argent, et en nature au denier vingt-cinq. Mais pour les droits casuels, c'est-à-dire pour ces droits de lods, ventes, quint et relief, ce fut horriblement compliqué ! Il y a eu des calculs qui ont varié d'une région à l'autre, il y a eu une réglementation très confuse.

D'autre part, et c'est assez curieux, les rédacteurs du décret du 3 mai 1790 ont cherché à rendre

Incohérence du système

Les conditions de rachat

Les individus,
et non l'Etat,
doivent rache-
ter les droits
en bloc

Les rentes per-
pétuelles sont
rachetables

Interdiction
des baux per-
pétuels

Le mouvement
contre la no-
blesse

Extension du
champ de la

difficile le rachat. D'abord, il y avait quelque chose d'un peu contestable, surtout avant la Révolution; d'aucuns avaient proposé un rachat par l'Etat des droits féodaux, quelque chose d'analogique à ce qui a été fait en Russie; c'était infiniment plus raisonnable; l'Etat aurait remboursé les seigneurs et aurait ensuite perçu sous forme d'impôt les sommes équivalentes. C'eût été une façon normale de supprimer les droits, mais ce n'est pas du tout ce qu'on a fait: on a voulu que les droits soient rachetés par les individus eux-mêmes et dans ce cas il aurait du moins fallu donner à des individus toutes les facilités possibles et leur dire: vous avez un droit de corvée réel, vous pouvez le racheter; vous avez un droit de lods et ventes, un droit de relief, vous pourrez racheter l'un ou l'autre. Ce n'est pas ce qu'on a fait: on a exigé des rachats en bloc.

3° - Il y a eu une dernière loi de l'Assemblée Constituante, du 29 décembre 1790, intervenue pour le rachat des rentes perpétuelles. Elle a décidé que toutes les rentes perpétuelles seraient rachetables. Bien entendu, il ne pouvait pas être question de les abolir.

De plus, on a décidé que tous les baux devraient être temporaires, il n'y aurait plus de baux perpétuels et que ces baux ne pourraient plus dépasser 99 ans. Dans ces baux, il a été décidé que la propriété resterait au bailleur; mais il a été décidé néanmoins que la rente, le prix du bail qui était dû tous les ans par le locataire, aurait un caractère immobilier, et qu'il y aurait, par conséquent ici des règles de succession qui seraient les règles des immeubles, des actions qui seraient des actions immobilières. C'est de la réglementation pure.

Voilà dans ses très grandes lignes, l'œuvre de l'Assemblée Constituante, mais voyons maintenant quelle a été l'œuvre de l'Assemblée Législative.

L'Assemblée Législative va partir d'un point de vue tout à fait nouveau. L'Assemblée Constituante s'était proposé de faire une œuvre de justice et de maintenir ce qu'elle considérait comme équitable dans la féodalité. L'Assemblée Législative, elle, va partir d'un préjugé extrêmement défavorable au seigneur. C'est le moment où l'émigration va commencer et où le mouvement politique anti-noble va prendre une allure particulièrement violente.

Il y a eu un premier décret du 18 mai 1792 qui a posé le principe suivant: "L'Assemblée Nationale

féodalité dominante

"aux art. 1, 2, 3, du titre 3 du décret du 15 mars 1790 et à toutes les lois à ce relatives, décrète que tous les droits censuels, soit censuels, soit féodaux et tous ceux qui ne sont pas représentatifs d'un contrat sont et demeurent supprimés sans indemnités, à moins que les dits droits ne soient justifiés par le titre primitif d'inféodation, d'ascensement ou de bail à cens, et la condition d'une concession de fonds par laquelle ils étaient perçus, auquel cas les dits droits sont rachetables".

Cet article pose donc comme principe que tous les droits casuels, lods, ventes, reliefs tous ces droits là sont désormais supprimés, ils sont considérés comme appartenant à la féodalité dominante, à moins qu'on apporte le titre primitif d'inféodation ou d'acensemement et qu'il ne résulte de ce titre primitif que ces droit étaient exigés comme une condition de la cession de la terre, qu'ils ne deviennent comme un élément du contrat de concession de la terre, auquel cas ils auront une allure contractuelle très nette et ils seront maintenus. Mais on ne fait pas cette preuve ils sont considérés comme féodalité dominante et supprimés. Pratiquement c'est la suppression pure et simple de tous ces droits casuels.

Ensuite est intervenu un décret du 20 août 1792, qui a eu pour but de rendre plus facile le rachat casuel maintenu et le rachat des droits annuels.

Le 25 août 1792, suppression totale de la féodalité, sauf droits annuels

Et le 25 août 1792 intervient un autre décret qui va dire tout le contraire: "Considérant que le régime féodal est aboli, que néanmoins il subsiste dans ses effets et que rien n'est plus instant que de faire disparaître du territoire français les décombres de la servitude qui couvre et gêne la propriété", on décide: la suppression de tous les droits annuels, à moins qu'on apporte la preuve que ces droits annuels ont été faits comme échange de la concession

C'est dire que l'on supprime complètement, totalement toutes espèces de féodalités.

Cependant on ajoute: "Ne sont pas compris dans le présent décret les rentes, champarts et autres redevances qui ne tiennent pas à la féodalité, qui sont dus par des particuliers non seigneurs ni possesseurs de fiefs". En d'autres termes, on maintiendra les redevances qu'en appellera champart ou surcens, à la condition de prouver qu'ils ont un caractère contractuel, à la condition de prouver qu'ils ont été passés entre deux particuliers dont l'un n'était pas un seigneur. Si l'un des deux était un seigneur, ceci pouvait avoir une physionomie féodale, on le supprime purement et simplement

La Convention n'avait plus grand chose à faire et

La convention supprime même les droits annuels, sauf si l'on fait la preuve de leur caractère purement contractuel

Destruction des titres féodaux
Impossibilité d'apporter une preuve

le décret du 17 juillet 1793 est venu mettre la dernière fin à la féodalité en disant: "Toutes les redevances ci-devant seigneuriales, droits féodaux, censuels fixes et casuels, même ceux conservés par le décret du 25 août 1792, sont supprimés sans indemnités. Sont cependant exceptées des dispositions du précédent décret les rentes ou prestations purement foncières et nullement féodales.

On supprime à nouveau le 17 Juillet 1793 tous les droits, non seulement casuels mais même annuels qui pouvaient exister, à moins qu'on ne puisse prouver que ces droits avaient un caractère exclusivement contractuel, et n'avaient rien de féodal.

Mais l'art. 6 de ce même décret ordonne de brûler tous les titres féodaux. Il va plus loin: il déclare qu'on donnera cinq ans de prison à ceux qui conserveraient ces titres féodaux ou qui les recéleraient. Je supprime tous les droits féodaux, je maintiens les rentes perpétuelles, quand vous m'aurez prouvé que c'est une rente perpétuelle; mais d'autre part je vous ordonne de brûler tous les titres qui pourraient établir qu'il s'agissait de rentes perpétuelles. Voilà la logique de ce décret.

On a fini par s'apercevoir que tout de même dans ces titres seigneuriaux, il y en avait qui pouvaient être mixte, qui pouvaient conserver ces rentes perpétuelles et qu'il était par conséquent injuste de les détruire, en application de ce décret de Juillet 1793, et il est arrivé bien tard des mesures pour dire qu'on conserve les titres.

Voici quelle a été l'œuvre de la Révolution.

Il est encore intervenu d'autres décrets pour préciser qu'il fallait ne maintenir que les rentes qui avaient un caractère exclusivement contractuel et qu'il fallait absolument supprimer toutes les rentes dans lesquelles il aurait pu y avoir un mot, un seul où le nom de seigneur ou de droit seigneurial aurait été prononcé.

Voilà dans ses grandes lignes quelle a été l'œuvre de la Révolution.

Il y a un point que je n'ai pas signalé, qui est important, que j'aurait souligné si j'avais disposé d'un peu plus de temps, c'est la question des rentes perpétuelles et de la physionomie qu'allait prendre cette rente perpétuelle. Les rentes perpétuelles n'ont pas été interdites, vous le voyez, elles ont été permises, mais alors progressivement on a fini par décider que ces rentes perpétuelles n'auraient pas pour résultat de diviser la propriété, que ce serait le crédirentier qui serait propriétaire et que le débientier n'aurait aucune espèce de droit réel sur la

On décide que les rentes perpétuelles perdent tout caractère

tère immobilier

Pénétration des idées romaines

terre. Et on a fini, d'autre part, par décider que ces rentes n'auraient plus un caractère immobilier, mais prendraient un caractère mobilier et ceci de façon à bien réaliser la conception romaine de la propriété d'après laquelle un seul individu possède la totalité de la chose. Retour à la conception romaine, et il y aurait eu là toute une phase intéressante à étudier, c'eût été de montrer comment la conception romaine que je vous ai décrite au commencement de l'année a fini par pénétrer à nouveau en même temps que l'abolition des droits seigneuriaux et à son occasion pour reconstituer la conception antique et moderne de la propriété.

Et si j'en avais eu le temps, j'aurais encore eu autre chose à montrer, il eût été intéressant de montrer que dans le même mouvement d'idées on a supprimé les propres et les acquêts, toujours pour la même idée de libération d'une propriété qui devait devenir quelque chose d'absolument unitaire.

Il y a encore une autre question qui aurait pu être étudiée si le temps n'avait manqué : la question du retour possible à un certain démembrément de la propriété. On sent dans certaines dispositions législatives ou jurisprudentielles, comme un regret de la disparition des propres et comme un effort de reconstitution des biens familiaux. Voyez les lois sur les biens de famille, le bail à compliant, ou l'emphytéose. J'aurais eu à montrer que le code a été trop loin et qu'il y a comme un certain regret de la situation de l'ancienne France, regret évidemment mitigé. Il y a peut-être eu dans le Code Napoléon un excès, alors j'aurais été content, si j'en avais eu le temps, de montrer qu'après tout, la conception sous laquelle nous vivons n'est peut-être qu'une conception temporaire.

F I N

Cours terminé d'imprimer le 12 mai 1934.