

D 511
RÉPÉTITIONS ÉCRITES
Pour la Préparation de tous les
EXAMENS DE DROIT

1931-1932

45859 / 87 bis

DIPLOME D'ÉTUDES SUPÉRIEURES
DROIT PRIVÉ

RÉPÉTITIONS ÉCRITES

D

Histoire du Droit Privé

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

M. MEYNIAL [Edmond]

Professeur à la Faculté de Droit de Paris

1637 Rode

"LES COURS DE DROIT"
RÉPÉTITIONS ÉCRITES & ORALES
RÉSUMÉS : — PRÉPARATION A L'EXAMEN ÉCRIT

3, Place de la Sorbonne (au premier)
— PARIS —



HISTOIRE DU DROIT PRIVE (Doctorat)

Sujet du cours:
les droits réels.

Le programme porte cette année sur les Biens. Mais cette formule est un peu trop large. Nous n'aurons pas le temps d'étudier tous les biens. Je ne veux que m'occuper parmi les biens des droits réels, de leur classement, de leur mode d'appropriation et de la transmission, des avantages qu'ils confèrent et de la protection que la loi accorde au bénéficiaire.

On oppose en général au droit réel, dans la technique romaine, les droits personnels ou obligations. Ce sont ceux-là qui font, comme les droits réels, partie du patrimoine, que nous laisserons de côté.

Les droits réels ce sont les droits qu'un homme peut exercer sur un objet matériel, directement, par lui-même ou par mandataire, sans aucun intermédiaire. Le droit de propriété en est le type. D'après la technique romaine, le droit réel ne peut porter que sur un objet corporel, car la législation romaine n'a pas, à son origine, connu de droit sur autre chose. Aussi à Rome, le droit de propriété est-il qualifié de droit corporel, mais s'il ne s'applique en principe qu'à un objet corporel, il peut porter sur tout objet corporel susceptible d'appropriation, c'est-à-dire même sur la personne humaine, tel le droit du maître sur sa esclave.

En face du droit réel se place le droit personnel: avantage qu'on a la faculté d'exiger d'une personne libre, profit pécuniaire ou autre pour la prestation duquel un homme libre a promis d'employer son activité à votre profit.

Tout bien analysé, l'objet du droit personnel, c'est à proprement parler cette activité du dé-

biteur mise au service du créancier, dans un but et dans une mesure fixés d'avance.

La loi romaine distingue très nettement ces deux catégories de droits: ils sont dissemblables, par leurs modes d'établissement, leurs modes de transmission ou d'extinction, et par leur sanction. Droit réel et droit personnel sont comme deux domaines entièrement séparés. Notre ancien droit français est loin d'avoir établi entre eux une distinction aussi considérable. Il est au contraire parfois difficile dans notre ancien droit français de bien distinguer le droit personnel du droit réel, parce qu'ils se côtoient et se mélangent si bien qu'on ne saurait dire si c'est le caractère personnel ou réel qui l'emporte dans ce droit. Il y a de même dans notre ancien droit des droits réels, qui ne peuvent s'exercer que par l'activité intermédiaire d'une personne obligée et qui sont ainsi mélangés d'un certain personnalisme. Il pourra ainsi nous arriver parfois de côtoyer le droit personnel, parfois même d'y pénétrer dans notre étude des droits réels. Mais cela tient à la nature des choses.

É T U D E D E S D R O Í T S R É E L S.

Cette étude comporte à titre de préface l'examen de deux questions préliminaires: 1° - la détermination des différents objets sur lesquels peuvent porter les droits et leur classement. C'est l'étude de: division des choses. 2° - Etant connus les objets des droits, les choses sur lesquelles ils peuvent porter et leur classification, quels sont les différents droits réels qui peuvent être établis sur ces choses et quels traits caractérisent chacun de ces droits et les distinguent des autres droits.

CHOSES SUR LESQUELLES PEUVENT PORTER LES DROITS RÉELS ET CLASSEMENT DE CES CHOSES.

Le droit privé ne s'occupe que des choses qui font partie du patrimoine des particuliers. Il laisse ainsi de côté ce que les Romains appelaient les res communes, c'est-à-dire les choses dont l'usage est commun à tous les hommes et qui, à cause de cet usage commun, ne sont pas susceptibles d'une appropriation totale: air qui nous entoure, eau courante, rivages de la mer. Personne ne peut avoir la prétention de les soustraire à cet usage commun pour s'en réserver l'en-

tier bénéfice. A côté de ces res communes, il y a les res publicae, les choses qui appartiennent au peuple comme l'ager publicus, comme les fleuves publics ou encore les res divini juris qui appartenaient à la divinité et qui se subdivisent en res sacrae, sanctae, et religiosae.

Tous ces biens échappent au patrimoine de l'individu et ne rentrent plus dans notre étude, puisque nous ne parlons que du droit privé. Cependant nous serons sans doute amenés à y faire allusion. Il suffit pour le moment de retenir à leur sujet que chez nous on n'arrive à l'examen de ces choses, si nettement classées dans le droit romain, qu'à l'époque féodale, c'est-à-dire après les siècles de confusion de la décadence carolingienne; ce n'est qu'à l'époque féodale qu'on s'est repris à en construire la théorie. Jusque là elle est restée dans nos anciens auteurs à peu près complètement ignorée. Quand on se reprit à parler de ces res publicae et communes, on en fonda la théorie sur une base assez différente de celle adoptée à Rome. Il n'y a pas lieu de s'en étonner parce que la société du Moyen Âge était essentiellement différente, par toute son allure, de l'ancienne société romaine. Cette théorie reflète alors les tendances hiérarchiques qui caractérisent tout l'ensemble du monde féodal. Si bien qu'on a accepté en principe que ces res extra patrimoniales, qui ne rentrent pas dans le patrimoine privé, devaient pourtant être réputées appartenir au chef, au roi, ou quand le pouvoir du roi s'est affaissé, aux seigneurs justiciers.

Cela n'allait pas en fait sans entraîner certaines conséquences pratiques dont nous retrouverons la trace. Le roi ou le chef étant considéré, en principe, comme propriétaire de ces choses, on lui reconnaissait la faculté d'en conférer l'usage à qui lui plaisait et la plupart du temps contre une redevance au moins récognitive. Il n'en était pas ainsi à Rome. A Rome, ces choses restent logiquement dans le réservoir commun des richesses affectées à tous jusqu'à ce que, sans aucune concession de l'Etat, elles soient appropriées par le premier occupant. C'est donc dans la théorie de l'occupation que nous rencontrons cette différence. C'est de cette conception générale qu'est sortie chez nos premiers glossateurs, aux XII^e et XIII^e siècles, la célèbre théorie des Regalia, objets qui se trouvent la propriété du roi ou de l'empereur; les Glossateurs qui étaient Italiens se souvinrent d'abord du pouvoir de l'Empereur d'Allemagne qui était leur chef. La théorie fut émise et les regalia énumérés à la fameuse diète de Roucaglia de 1158

Disparition dans le haut moyen-âge de la notion de res communes et de res publicae.

Sa réapparition au XII^e siècle.
La théorie des Regalia.

où l'empereur Frédéric Barberousse soucieux de relier son autorité à celle des anciens empereurs romains, tint un grand conseil, sorte d'auditorium, où, entouré de jurisconsultes qui avaient retrouvé le Corpus juris de Justinien, il inséra à ce Corpus, de son autorité impériale, les deux célèbres authentiques qui y figurent encore.

Cette théorie avait été même un peu auparavant exprimée dans les Libri Feudorum L. II. T.56 (Cf. Brissaud, Histoire du droit français, pp. 1191 et ss. - Histoire du droit allemand de Heussler §§ 73 et 74). Cette théorie, qui fait passer dans la main du chef la propriété des biens qui sont à l'usage commun et n'ont pas été appropriés, se développe d'abord à l'occasion des voies publiques et des fleuves qu'il importait le plus de soustraire à l'appropriation seigneuriale et de préserver des redevances et autres marques de souveraineté.

On en trouverait peut-être même l'attaché un peu plus haut, dans les actes carolingiens. Elle eut du reste un assez grand retentissement dans l'Europe tout entière (Cf. Beaumanoir, Ch. 25, des chemins et du conduit as marcheans et as pelerins). Puis des grands fleuves et chemins, la théorie s'étendit à la pêche, à la chasse et aux terres incultes pour lesquelles elle se manifesta au XVI^e siècle dans l'institution curieuse du triaje qui opère, à l'époque de la rédaction de nos coutumes, un partage de ces terres qui n'étaient à personne entre le seigneur et les habitants.

Voilà pour les choses publiques dont la réglementation appartient au droit public, sans toucher au droit privé.

Res sacrae: c'est sur une conception analogue aux Regalia que repose le fameux droit de régale du roi, sorte de propriété supérieure du chef sur les biens de l'Eglise, manifestation du droit éminent du roi sur les choses qui ne font pas partie d'un patrimoine individuel. J'y reviendrai à propos de l'occupation et des survivances du droit communautaire, comme les droits de parcours et de pacage.

Arrivons aux choses qui ne sont pas extra patrimonium, mais qui sont au contraire susceptibles d'appropriation privée, d'aliénation, ou de transmission et qui font l'objet du commerce habituel des hommes en société.

A leur égard, on sait que toutes les législations ont souci d'établir parmi les choses des distinctions suivant l'importance sociale que ces choses présentent à l'époque où on se place. La chose

Nécessité de classer du point de vue juridique les choses d'après leur

valeur éco-
nomique.

n'est pas surprenante.

Pour les objets que la législation estime les plus importants, elle a souci de contrôler leur aliénation, d'en réglementer les formes, de sauvegarder par des sanctions plus énergiques l'exercice des droits du propriétaire. Pour les choses de moindre importance, elle peut sans inconvénient s'en désintéresser et les laisser aux pratiques courantes.

La classifi-
cation ro-
maine des
res mancipi
et des res
nec mancipi.

Il en est ainsi en Droit romain. Il y a eu en effet à Rome une grande division des choses, celle en res mancipi et res nec mancipi. Les res mancipi sont celles dont la possession assure la vie d'une exploitation rurale; les Romains en sont à ce stade agricole de leur histoire : on place parmi les res mancipi les animaux de trait, de labour, l'esclave, les terres, les bâtiments de ferme. Comme ce sont objets indispensables à la vie de l'exploitation rurale, il est naturel que la cité veuille intervenir d'abord à leur aliénation pour assurer le sérieux et la publicité de la convention de transfert. Une res mancipi ne peut se transmettre que par mancipatio, c'est-à-dire par une cérémonie qui a lieu au moyen de l'intervention d'une sorte d'officier public qu'on appelle le libripens. C'est de même pour ces choses dont la possession est socialement importante que la loi romaine a organisé une sanction au cas de dépossession du propriétaire: la procédure originale de la reivendicatio ne devait vraisemblablement s'appliquer qu'aux res mancipi. Pour les res nec mancipi, possession et propriété se confondaient et on ne les protégeait pas aussi vigoureusement.

Cette distinction remonte aux temps les plus anciens de Rome. On la retrouve encore à l'époque classique où Gaius, au II^e siècle, la rappelle ainsi qu'Ulprien (*Regulae XIX.1.*). Mais cette distinction va en s'effaçant; peu à peu le mode de transfert applicable à l'origine aux res nec mancipi, la traditio, l'emporte sur la mancipatio; il devient usuel de l'employer pour le transfert même des res mancipi. De même la reivendicatio s'applique aux res nec mancipi comme aux res mancipi. Ce changement s'explique parce que toute l'économie romaine s'est modifiée. Nous ne sommes plus en présence d'un peuple essentiellement agricole qui tient à sauvegarder les choses les plus précieuses à ce point de vue, mais en présence d'une population à vie sociale commercialisée, où les différents objets sont appréciés d'après une même mesure, sont tous également appréciables en argent et où les res mancipi n'ont pas gardé l'importance sociale et économique qu'elles avaient auparavant. De sorte que la dis-

Sa décadence et sa disparition antérieure à Justinien.

tinction va s'effaçant; les res nec mancipi ont désormais beaucoup plus de valeur que les autres parce que leur nombre est plus considérable, parce que le développement commercial et industriel a suscité la naissance d'objets d'un prix bien plus grand que celui des res mancipi.

Cette décadence de la distinction fut continue tant et si bien que quand on arrive à Justinien la distinction n'existe plus. Justinien n'en parle pas et la division en res mancipi et res nec mancipi n'est pas mentionnée à la même époque dans l'Epitome Gaii inséré au Bréviaire d'Alaric, pas plus que dans les Sentences de Paul que nous ne possédons que par le canal du Bréviaire; on n'en trouve pas trace non plus dans les textes impériaux du Bréviaire. De sorte que cette distinction essentielle qui classait les choses par ordre d'importance et de valeur sociale, nous n'avons pas à nous en occuper parce qu'elle n'a plus de portée dans la Gaule des Invasions.

Substitution à cette distinction de la distinction des meubles et des immeubles. Son origine en Droit Romain.

Lorsque cette distinction principale eut disparu, il se passa ce phénomène qu'au fur et à mesure que la distinction en res mancipi et res nec mancipi s'estompaît, il y en avait une autre, presque inconnue autrefois, qui prenait vigueur et allait se développer de façon considérable et se substituer à elle dans le rôle social qu'elle ne pouvait plus jouer. Cette distinction encore aujourd'hui si importante, c'est la distinction en meubles et immeubles, qui est la base même de notre C.G. dans la division des choses. D'où vient-elle, quelle est son histoire ?

Elle ne fut jamais complètement inconnue à Rome. Dès une époque ancienne, à Rome, on y attache quelques effets. Le furtum ne peut s'appliquer qu'à un objet mobilier, d'après la doctrine qui a triomphé, contrairement à l'opinion des Sabiniens, à l'époque de Gaius D. 4I.3.38.5.- La propriété mobilier et la propriété immobilière ont été sanctionnées de bonne heure d'une façon différente dans les interdits uti possidetis et dans l'interdit utrubi dont les réglementations ne sont pas semblables. La qualité de meuble et d'immeuble intervient encore de bonne heure pour fixer la durée de l'usucaption; les immeubles ne s'usucapent que par une possession prolongée de deux ans et les meubles d'un an. L'importance de cette distinction, qui originellement est très modeste, s'accroît comme je l'ai dit à mesure que la distinction des res mancipi et res nec mancipi perd de son importance. Voici quelques étapes de cette croissance au Haut et au Bas-Empire. A propos d'un rescrit d'Ulprien (D.42.1.15.2) Antonin le Pieux nous parle du pignus ex causa

Son développement incomplet en droit romain.

judicati captum, gage saisi à la suite d'un jugement et pour en assurer l'exécution. Ce texte déclare qu'on devra faire porter le pignus ex causa judicati captum d'abord sur les meubles et subsidiairement seulement, s'ils sont insuffisants, sur les immeubles. C'est un des premiers témoignages de la croissance de l'importance économique des immeubles. A ce moment, d'une part, les exploitations rurales se sont beaucoup développées dans l'œuvre de colonisation des provinces, tandis qu'au contraire le commencement de l'insécurité dans l'Empire amène la perte fréquente d'objets mobiliers; que la faveur publique commence à s'attacher aux immeubles. La même préoccupation se révèle dans les institutions destinées à protéger la dot de la femme mariée. Cette protection porte non sur la dot tout entière, mais sur l'immeuble dotal qui apparaît comme l'élément le plus sûr de toute l'économie familiale. En harmonie avec cette même tendance intervient la célèbre Oratio Severi qui interdit au tuteur l'aliénation des biens les plus précieux du pupille, c'est-à-dire des immeubles et parmi ceux-ci des praedia rustica vel suburbana, c'est-à-dire des propriétés foncières et rurales (D. 27.9.I.I.) - A cette énumération de l'Oratio Severi, Constantin ajoute dans le même esprit les immeubles urbains et les meubles précieux C.5.37.22.

La société romaine en est arrivée à perdre manifestement confiance dans les meubles et à se rendre compte que la possession de l'immeuble est plus solide, plus durable et plus sûre.

Toutefois, si on voit ainsi grandir la distinction entre meubles et immeubles, il ne semble pourtant pas que dans cette voie les Romains soient allés plus avant. Ils connaissaient la distinction. Ils l'ont développée au cours du Haut-Empire, mais ils n'ont jamais songé à en faire une distinction générale pouvant s'appliquer à tous les biens comme cela se produit aujourd'hui où l'art. 516 du C.C. déclare que tous les biens sont meubles ou immeubles, de sorte qu'aucune richesse aujourd'hui n'échappe à cette distinction.

Voilà où on en est au moment des Invasions germaniques. Qu'ont fait celles-ci sur le point qui nous occupe ?

Elles ont amené une grande confusion dans toute cette question. Ces Barbares qui envahissaient le sol de la Gaule, quand ils étaient en Germanie ne possédaient guère que des meubles. L'immeuble pour eux est rarement approprié, au moins individuellement. Le sol est à la tribu ou à la famille. Ce qui est individuel, ce sont certains meubles, les vêtements, les armes, l'or,

Les distinctions des biens dans les lois germaniques.

l'argent, les bijoux, parfois le bétail et les esclaves. C'est donc des meubles que la loi organise la protection. La législation germanique ancienne ne s'occupe que des meubles. C'est pour cela que c'est sur les meubles qu'elle a exercé pendant de longs siècles son influence. Toutefois, ceci constaté, on comprend facilement que la division des biens en meubles et immeubles ne pouvait avoir à ce moment une grande portée, puisqu'il n'y avait presque que des meubles. C'est ce qui explique que les Lois Barbares, comme la loi Salique, qui connaît la distinction entre meubles et immeubles, ne la présente pas comme capitale. On y trouve, en même temps qu'elle et au même état inorganique, deux autres divisions.

La première est plus pittoresque, c'est celle en biens marqués et biens non marqués (on trouve encore la trace de cet usage dans les populations rurales quand on conduit les moutons au marché). La marque est la preuve de l'appropriation et permet au propriétaire qu'elle révèle de revendiquer le bien. Quand il n'est pas marqué il ne peut faire l'objet d'une action réelle; pour en réclamer la possession on ne peut exercer qu'une poursuite personnelle. Cette marque peut s'appliquer même à des immeubles (Loi Salique, tit. 27, § 19: arbres marqués). Tout le système est visé par la Loi Salique dans son T. 47 de filtortis où il est question de la preuve de la propriété qui se fait par le filtort (marque). Cf. Loi Ripuaire T. 72. Ch. 9 - Loi Salique dans ses Capitulaires Ch. II § I et encore dans d'autres lois Barbares, comme la Loi Wisigothique VII. 2.I. Edit. Rotharis. Ch. 32I. Cf. Champeaux, Essai sur la vestitura, thèse Paris 1898, pp. 57, 70, 285 et ss.

A la même époque, il y a une seconde distinction que l'on rencontre encore dans les Lois Barbares, qui prendra une allure un peu différente et dont nous parlerons plus loin. C'est la division entre le bien hérité de nos ancêtres et le bien qu'on a acquis soi-même, Loi Salique, Titre 59 de alodis, tit. 59, § 5 la terra salica vel aviatica ne peut être attribuée par succession qu'à un mâle. Loi Ripuaire, tit. 56, § 4. Dans les Formules de l'époque franque, cette distinction entre l'aviaticum (bien de famille) et le comparatum (acquêt) est fréquente. Mais la portée de cette distinction est assez vague et ne se développera que plus tard.

Dans ces siècles, la division entre meubles et immeubles ne progresse donc pas. Il est possible qu'elle persiste dans la population romaine, mais elle ne s'affirme pas dans les textes.

C'est plus tard, dans la période indécise

Biens marqués
et biens non
marqués.

Terra aviati-
ca, et compa-
ratum.

Réapparition
de la dis-
tinction des
meubles et
des immeubles

au XII^e sc.
Conséquence
de l'importan-
ce acquise
par la terre.

du X^e au XII^e siècle que réapparaît la distinction entre meubles et immeubles, sa renaissance et son déve- loppement s'expliquent par l'importance croissante prise par la terre dans la société. On sait la fréquence des troubles sociaux, comment les pillages et les dévasta- tions de villes, les invasions des Normands et des Sar- razins, les révoltes intérieures détruisirent ce qui restait de richesse mobilière. A la même époque l'affai- blissement du commerce, l'inexistence presque complète de l'industrie empêchent de reconstituer cette riches- se mobilière détruite par les troubles. La seule sour- ce de richesse qui subsiste et ne se tarit pas, c'est la terre. C'est sur elle que repose toute l'économie socia- le et c'est sa possession qui fixe la condition des hom- mes. Le régime féodal, on le sait, est essentiellement fondé sur la possession de la terre. Elle pourvoit à la vie de tous, non pas seulement à celle des exploitants, mais au dessus d'eux, par un système de redevances su- perposées à la subsistance de tous les hommes chargés de la défendre ou de l'administrer. Si on accorde qu'elle soit aliénable, elle constitue un capital si précieux, qu'il est naturel qu'on en surveille et règlem- ente étroi- tement la transmission. En outre, chaque année elle pro- duit des fruits qui sont des richesses éphémères et dont la fonction est d'être répartis entre tous, et consommés. Il est tout naturel qu'on soit amené à traiter différem- menter la terre qui produit les fruits et les fruits qu'elle produit. D'où la distinction entre ces deux ri- chesses qui vont être chacune réglementée différem- menter de l'autre et dont l'aménagement constitue l'histoire de la division des choses en meubles et immeubles.

Nous arrivons ainsi à l'époque où la dis- tinction va s'épanouir et nous allons la saisir dans quelques auteurs qui en présentent la théorie.

Pour nous rendre un compte exact de la por- tée de la distinction, il importe de se placer d'abord au XIII^e siècle, et même, dans le XIII^e siècle, d'aller tout droit à notre source habituelle de renseignements, Beaumanoir. Ce n'est pas qu'il soit le seul à nous par- ler de cette distinction. P. Desfontaines, Conseil à un ami, Ch. 33, n° 12, p. 385, la mentionne déjà en indi- quant une distinction en trois branches: les héritages, les meubles et les catœux. De même, encore au XIII^e siècle, le Livre de Justice et de Flet, L. XVI, Ch. 28, p. 268; L. 19 Ch. 23, p. 299 parle de cette distinction. Mais tout en constatant l'existence de la distinction ailleurs, c'est chez Beaumanoir qu'il faut aller l'étu- dier. C'est chez lui que la systématisation apparaît le mieux et que la distinction est la plus complète. Il consacre tout le chapitre 23 à la distinction des

La distinc-
tion des meu-
bles et des
immeubles
dans les cou-
tumiers du
XIII^e Sc.

Le Ch. XXIII
des Coutumes

de Beauvai-
sis de Beau-
manoir.

meubles et héritages: "Ci commence li .XXIII. chapitres de cest livre qui enseigne queus choses sont mueble et queus choses sont eritage selon la coustume de Beauvoisis". (T. I p. 340) - n° 670 à 680). Donc il y a pour lui deux catégories de biens: "Mout de ples sont meu par plusieurs fois de choses qui eschieent en parties, que l'une des parties en vouloit porter les choses comme muebles et l'autre partie disoit que c'estoit eritages. Et pour oster les doutes qui de ce pucent estre, nous traiterons en cest chapitre queus choses sont mueble et queus choses sont eritage selonc nostre coustume et selonc ce que nous en avons veu user".

Commençons par les meubles.

Caractère
distinctif
des meubles
chez Beaumanoir:
caractère mo-
bile.

Les meubles
sont issus de
certaines caté-
gories de bien.

Caractère oppo-
sé des héra-
tages: immobilité,
productivité de
fruits.

Aux yeux de Beaumanoir, les meubles ont deux caractères: 1° ils sont susceptibles de déplacement: n° 671: "Mueble , a parler generaument, si sont toutes choses mouvables....." La distinction est donc générale puisqu'il l'applique à toute chose."... C'est à entendre toutes choses qui pueent estre mutés de lieu en un autre; et aucunes choses sont ils, selonc nostre coustume, qui ne pueent estre meues devant le tans qu'elles sont meures et si sont jugies pour muebles si comme vous orrés ça avant".

2° - Le deuxième caractère se rattache à ce que nous avons dit précédemment. Ce qui a attiré l'attention des hommes, c'est que les meubles les plus usuels sont issus des biens fonciers, ce sont les issues. N° 673: "Mueble si sont toutes les choses qui des eritages issent....." Ce sont les fruits de la terre dès qu'ils se sont détachés " si tost comme eles sont cueillies, si comme bois quand il est coupés, bles si tost comme il est semés"

Un criterium inverse caractérise les immeubles, n° 672: " Eritage si sont choses qui ne pueent estre meues....."

Le deuxième caractère des immeubles, c'es qu'ils rapportent annuellement des fruits " et qui valent par années as seigneurs a qui il sont: si comme terres gaignables, bois, pré, vignes, jardin, cens, rentes, four, moulin, pressoir, mesons qui sont droites tant comme eles tiennent a chevilles, eauves, usage, - mes qu'il soient tenu de seigneurs, - corvees, homage, travers, tonlieu. Toutes teus choses sont eritage".

Enfin Beaumanoir ajoute dans la suite pour les immeubles un troisième caractère, n° 678. Les immeubles doivent, pour mériter cette qualification, avoir une certaine pérennité. On veut assurer la persistance de la vie dans la famille et il faut que l'immeuble ne

meure pas. N° 678: " L'en ne doit tenir a eritage nule chose qui muire, car ce qui muert faut et eritages ne puet faillir...." Il aurait pu dire: ne "doit" faillir. Il prévoit même une objection: " Et pour ce qu'aucuns pourroit dire que si fet et dire : " Ma vigne qui est tenue pour bonne a failli. II. ans ou III ou IIII., " il ne soufist pas pour ce a dire que ce ne soit eritages; car pour les aventures des eritages qui faillett à la fois, en portent il mendre pris: si comme l'en voit qu'uns arpens de vigne n'est prisés que. XI. s. par an et si voit l'en bien avenir qu'ele aporte. X. livrees de vin en I. an, ou.XV. ou XX., si que, qui fust certains des eritages qu'il ne peussent faillir, li pris fust trop plus grans; mais nule chose terrienne n'est estable, et pour ce ne puet on tel chose jugier fors par avis." Oui, sans doute, la vigne peut mourir et de ce chef la valeur de l'immeuble diminuer. Mais l'immeuble reste toujours et le produit qu'il donne chaque année est seul incertain.

Si on continue cette lecture, on constate que Beaumanoir donne lui-même de la division certaines applications. Mais nous entrons alors dans une région moins catégorique et où la distinction n'en est pas encore acceptée dans toutes ses conséquences par tout le monde.

D'abord, quand les produits de la terre deviennent-ils meubles? Dans un passage cité on voit que les produits de la terre deviennent meubles sitôt que séparés de la terre. Ainsi les bois sitôt que coupés. Mais, eu égard probablement à quelques intérêts privés qu'il s'agit de ménager, la question n'est pas tranchée de la même manière quand il s'agit du blé. Meuble avant les semailles, une fois semé, d'après la distinction de Beaumanoir, il devrait être considéré comme incorporé au sol comme se confondant dans l'immeuble pour ne redevenir meuble qu'après la récolte, après qu'il aura été séparé de la terre. Or, Beaumanoir constate qu'il n'en est pas ainsi. Voici l'hypothèse qu'il rapporte et qui a été l'objet d'un jugement en Beauvaisis. Le blé ayant été semé, le mari qui l'avait semé vendit la récolte "en terre", puis mourut. La veuve avait droit au douaire, c'est-à-dire à la jouissance de la terre du mari. La récolte devait-elle appartenir à la douairière comme faisant partie de la terre et par suite assignnée à la jouissance du douaire, ou bien le blé appartenait-il à l'acheteur comme un bien resté distinct de la terre? La solution dépendait du point de savoir quelle est la nature du blé semé.

A quel moment les produits de la terre deviennent-ils meubles?

Discussion à propos du blé en terre.

S'il est incorporé à la terre, il en fait partie jusqu'à la séparation et la douairière qui avait la jouissance de ce bien et en était nantie avant la récolte avait droit à celle-ci. Si c'était un meuble, comme le mari l'avait vendu, l'acheteur en était devenu tout de suite propriétaire, même avant la mort du mari et c'était lui qui avait droit à la récolte. On donna raison à l'acheteur car on ne voulait pas priver le mari du droit de vendre par avance sa récolte. N° 673, 674 et 675.

N° 673: "Et du blé n'est-il pas ainsi en mout de païs, ainçois est eritages dusques a tant qu'il soit sciés;...." Donc, en principe, le blé ne devient meuble que du jour de la récolte. Jusque là il fait partie de l'héritage "mes a Clermont nous avons par .III. fois veu aprouyer par jugement et ça avant nous dirons les cas pour quoi ce fu jugeé."

N° 674 : il raconte le procès que je viens de rapporter: " Il avint qu'uns escuiers qui avoit une damoisele espousee, vendi ses bles en terre et, avant que li poins venist de soier, il mourut; et la damoisele vout renoncier as muebles et as detes, et en porter son douaire quite et delivre, et de ses bles qui estoient en terre ele en vout porter la moitié par reson de son douaire. Et li marcheans qui achetés les avoit, dist encontre qu'ele n'i devoit riens avoir, car ses barons (mari) qui estoit sires de la chose li avoit ce blé vendu, liqueus bles estoit muebles par la coutume de la terre; et s'il eust vendu ou tans qu'il fist la vente, tous ses autres muebles ne peust ele cele vente rapeler; et comme blé en terre soient mueble par la coutume de la terre et il li vendist le mariage durant, il requeroit que ses marchiés li fust tenus." La solution paraît acceptée en Beauvaisis, mais rejetée ailleurs.

A raison du conflit entre l'acheteur du blé en terre et la douairière, le blé semé est donc ici considéré comme immeuble. C'est une dérogation dont Beaumanoir lui-même sent tout le caractère arbitraire puisqu'un peu plus loin, pour l'hypothèse même du blé en terre, il n'hésite pas à dire que quand il n'y a pas en cause l'intérêt de l'acheteur il convient de revenir à la règle générale qu'il a indiquée et il déclare que le blé semé est immeuble. (N°677).

Cet intérêt n'est pas le seul. Beaumanoir en signale un autre en disant que c'est une question de savoir si le bien est meuble ou immeuble quand une personne meurt en laissant un exécuteur testamentaire. Celui-ci en effet est saisi de tous les meubles et il a droit de vendre tous les meubles pour

exécuter les volontés du défunt. "Encore avons nous veu plusieurs fois que cil qui fesoient testamente a prendre sur leur muebles, que li executeur pour le testament aeplir, en portoient les despueilles qui estoient semees ou point que cil qui fist le testament mourut. Et par ce apert il que ce sont mueble, car se ce feust eritages, li oir l'en portassent et non pas li executeur." Voilà une première remarque quant à l'application de notre distinction.

Caractère général de la distinction. Son application aux droits incorporels.

Une seconde application est faite quant aux immeubles. La distinction en meubles et immeubles dépasse déjà de beaucoup l'étendue de l'ancienne distinction romaine. En effet on l'applique non pas seulement aux objets corporels, qui seuls cependant peuvent être déplacés, mais aussi aux biens incorporels " si comme terres gaaignables, bois, pré, vignes, jardin...." Voilà des objets corporels. Continuez: " cens, rentes, four, moulin, pressoir, mesons qui sont droites, tant comme eles tienent a chevilles, eaues, usage, - mes qu'il soient tenu de seigneurs, - corvees, homage, travers, tonlieu toutes teus choses sont eritage." On voit là toutes sortes de richesses qui sont incorporelles puisque ce sont des droits et des redevances, cens, rentes, corvées, droit à l'hommage, le travers, le tonlieu (droit de percevoir une sorte de douane).

Il faut noter le cas des rentes sur lequel Beaumanoir revient au N° 680 . Il examine à quel moment il est intéressant de dire si elles sont meubles ou immeubles. Il les traite comme immeubles. Car les rentes produisent chaque année des revenus comme les immeubles et donnent, comme fruit, une somme d'argent. A quel moment cette somme due deviendra-t-elle un meuble? La question s'est posée à propos d'une rente qui tombait le jour de la Saint-Remi. Le titulaire de la rente est mort ce jour-là même. A qui devaient appartenir les arrérages? Au légataire des meubles ou à l'héritier saisi de la rente? N'étaient-ils dûs qu'à l'expiration du jour, auquel cas ils faisaient encore partie intégrante de la rente au moment de la mort, s'ajoutaient à elle, et devaient être délivrés à l'héritier propriétaire de la rente, ou étaient-ils dus dès que le jour de la Saint Remi était arrivé et dans ce cas ils étaient séparés de la rente dès la première heure de la Saint Remi et devenus meubles et acquis au légataire des meubles.

Un dernier mot: il est relatif aux intérêts de la distinction. Nous avons déjà vu quel

ques-uns. Signalons en outre que cette distinction intervient non seulement dans le conflit non entre acheteur et douairière, mais dans celui entre le lé-gataire des meubles et celui des immeubles, entre l'exécuteur testamentaire et les héritiers légitimes du de cujus.

Intérêt de la distinction au point de vue de la compétence et des dettes.

En outre la procédure en matière immobilière a lieu devant le seigneur du lieu, tandis que les meubles sont considérés comme attachés à la personne du propriétaire et les procès qui s'y rattachent doivent être portés devant le seigneur personnel de celui dont il s'agit.

Enfin les meubles seuls, à cette époque, répondent des dettes. Quand une personne est saisie, on n'a droit en principe de se payer que sur ses meubles. C'est à cette époque du reste qu'on en est venu à admettre que dans certains cas les immeubles pourraient répondre des dettes. Mais jusqu'au XVI^e siècle c'est seulement en cas d'insuffisance des meubles qu'on pouvait s'adresser aux immeubles.

De Beaumanoir on peut rapprocher quelques auteurs de la même époque, qui comportent quelques variantes.

Dans le Grand Coutumier de Normandie (I) publié par M. Tardif, au Ch. 87, n° 2, p. 209, la distinction apparaît aussi en meubles et immeubles, mais la doctrine est bien moins complète que dans Beaumanoir. Le seul critérium, c'est la susceptibilité pour le bien d'être ou non déplacé. Les meubles sont les objets qu'on peut mouvoir, les immeubles sont ceux qui ne présentent pas cette qualité.

"mobile enim dicimus omnem possessionem que de loco ad locum potest transmoveri..... immobile autem dicimus possessionem que de loco in locum transmoveri non potest, ut ager, pratum et omnes possessiones fundo terre inherentes que feoda vulgariter nuncupantur".

D'autre part, quand il donne des exemples de meubles, le Grand Coutumier ne procède pas comme Beaumanoir et ne nous indique pas tout de suite les fruits de la terre. Il parle d'abord des animaux domestiques, de l'or, de l'argent, dont au contraire Beaumanoir ne parle pas, bien que les animaux domestiques constituent un des principaux éléments

(I) Ne pas confondre avec le Très Ancien Coutumier de Normandie qui date de la première vingtaine d'année du XII^e siècle; le Grand Coutumier date de 1230-1250 et est beaucoup plus développé.

de la fortune rurale. Peut-être Beaumanoir était-il un peu embarrassé: sans doute les animaux domestiques sont meubles en ce qu'ils peuvent se déplacer, mais à d'autres points de vue ils peuvent être comparés aux immeubles, parce que tous les ans ils donnent des fruits et on peut dire des troupeaux que grâce au croft ils participent de la perennité de l'immeuble puisque grâce au croft le troupeau se réconstitue et continuera à donner des fruits.

Si j'insiste sur cette différence entre Beaumanoir et le Grand Coutumier, c'est que dans le Grand Coutumier, à côté du mot meubles ou ajoute le terme cateux. "et omnis talis possessio catalum vulgariter nominatur, ut bos, asinus aurum, argentum et hujus modi", que nous avons déjà rencontré chez Pierre Desfontaines. Dans le Grand Coutumier il n'y a que deux catégories de biens: meubles et immeubles, mais les meubles sont appelés de deux noms: l'auteur les nomme à la fois meubles et cateux. Ce terme (chatel, chateux, cateux, se retrouve même dans Beaumanoir (N° 740 ch. 25 p. 381). Le sens de chatel y est même assez clair, le chatel pour lui c'est le capital et le mot en effet vient de capitalia. Dans le n° 740, Beaumanoir parle de gens qui ont fait un prêt d'argent, un prêt sur gage. Le prêt à intérêt est interdit à cette époque. Il s'agit de saisir le meuble qui garantissait le prêt parce que le prêt n'a pas été remboursé. Dans cette saisie on ne devra tenir compte que du capital et non pas des intérêts. Voilà dans quel sens il emploie le mot catel.

Le débiteur qui a reçu l'argent ne peut réclamer la restitution de son meuble s'il n'a pas remboursé tout ce qui lui a été prêté, mais le créancier, à supposer qu'il ait prêté avec usure, n'aura tout de même droit qu'au capital." et ce qu'il presta a usures, li demanderes ne paiera fors le chatel".

Même rapprochement entre les meubles et cateux dans Pierre Desfontaines ch. 33 n° 12, p. 385 et dans les Etablissements de Saint Louis L.II c. 37 Ed. Viollet T. II p. 464 où meubles et chatel sont rapprochés parce que tous deux au point de vue de la responsabilité des dettes sont traités de la même manière. Les dettes se paient sur les meubles et chateux mais non sur les immeubles.

La division en chateux n'a pas eu dans le centre de la France une très grande importance. Dans d'autres régions au contraire elle a eu plus de retentissement. Au Nord on trouve plus de détails sur les cateux dans l'intéressante Coutume d'Artois du XIII^e siècle, de 1283 à 1302, publiée en 1883 par

La notion de
cateux caté-
gorie inter-
médiaire en-
tre meubles
et immeubles.

Son impor-
tance dans le

nord de la France.

M. Tardif. titre 39 p. 90. "Quelles choses sont meuble et chatel par l'us et le Coutume d'Artois?" On y essaie avec abondance d'établir la différence entre meuble et chatel. Il résulte de ces développements qu'en réalité, le chatel est quelque chose qui dans la pensée des hommes de ce pays tient le milieu entre le meuble et l'immeuble, a quelques caractères des meubles (déplacement) et d'autres de l'immeuble (produire des fruits). Pour se tirer d'embarras on en fit une catégorie intermédiaire.

Ainsi un boeuf tout jeune jusqu'à cinq ans est immeuble; de cinq ans jusqu'à 60 ans il devient chateux; au delà de 60 ans il redevient immeuble. En somme le boeuf fait partie de l'Immeuble auquel il est attaché tant qu'il est trop jeune pour se reproduire, ou bien quand il est trop vieux. Tandis que quand il est dans son entière période de production il garde son individualité distincte du fond et est meuble; mais comme il donne chaque année des fruits il est placé à part des meubles et devient un chateux.

De même la charrue, le matériel agricole (dont Beaumanoir ne dit rien non plus) est chatel. De même encore on place parmi les chateux certains immeubles de moindre importance comme les maisons, bergeries, étables, alors qu'on réserve la qualité d'immeuble au manoir, à la maison seigneuriale, et aux terres. La raison est simple: c'est que ces maisons qualifiées chateux ce sont des constructions accessoires, ce n'est pas la partie essentielle ou résistante de l'habitation de la famille. A cette époque ces constructions accessoires sont souvent légères, en bois, en torchis et n'ont pas le caractère durable qu'on assigne à l'immeuble. Comme on ne peut en faire des meubles, on les met dans la catégorie intermédiaire des cateux.

Tout ceci nous renseigne approximativement sur ce qu'on entend par cateux. Historiquement et étymologiquement ce sont les capitalia, de caput; or le caput, dans la législation romaine des Invasions, c'est l'unité qui sert à fixer l'impôt, unité probablement fondée sur le nombre de têtes de bétail de l'exploitation. Le montant de l'impôt foncier varie suivant l'étendue de la culture et le nombre de capita, de têtes de bétail. Ce sont ces capita qui ont subsisté qu'on considère à notre époque comme trop importants pour être mis parmi les meubles et qui constituent une catégorie intermédiaire entre les meubles et les immeubles.

Peu à peu les cateux ont disparu et en sont venus à se confondre avec les meubles. On le voit dans le Grand Coutumier de Normandie où on parle encore de meubles et cateux sans en marquer la différence alors

que Beaumanoir ne parle plus que de meubles.

Au XIV^e siècle, Bouteiller fait preuve encore d'un certain flottement à leur égard L.I. Ch.74. Mais c'est la dernière trace des cateux. Après le XIV^e siècle ils sont définitivement confondus dans les meubles.

Revenons donc à notre grande distinction en meubles et immeubles.

Au XIV^e siècle, elle va s'affermir et s'affiner. Nous allons la trouver légèrement modifiée dans le grand Coutumier de Charles VI Ed. Dareste 1868 L.II. c. 12 du nombre des biens p. 207: "Les uns sont meubles, les autres immeubles. Les biens meublés sont comme or, argent, biens utensibles de maison, pain, vin et autres choses qui sont de legier muable d'un lieu en autre sans destruction de édifice, ou par dépouillement d'héritage".

Biens meubles sont donc doubles car les uns sont corporels et les autres incorporels. L'auteur dégage cette division en biens corporels et biens incorporels qui vient du droit romain que Beaumanoir n'avait pas relevée. Suit tout un passage où il explique ce qu'il faut entendre par immeuble corporel ou immeuble incorporel: "Les biens immeubles et incorporels, sont servitudes perpétuelles qui sont imposées aux biens corporels si comme cons, rente et autres devoirs".

Ailleurs au chapitre 18, p. 229 l'auteur ajoute quelque chose de plus nouveau. Parmi les immeubles il distingue les immeubles par destination des immeubles par nature (c'est la première fois qu'on les sépare des autres). "Il est à savoir que pour la coutume d'aucune lieux tout ce qui est du pressoir qui n'est enclavé en terre, maison sur le seuil, boys coppé, toutes manières de conquest, sont tous réputés pour meubles". Un pressoir est considéré comme meuble pourvu qu'il ne soit pas attaché à perpétuelle demeure à la terre. De même maison sur le seuil, c'est-à-dire maison sans fondation est réputée meuble: "Et tout ce qui est du pressoir tenant en terre, graus vaisseaux à vin que l'on ne pourrait mettre hors sans desprécier, boys à coupper tant soit le parement menu tout ce qui tient à claux et à chevilles, graus pierres tenant encores aux pierres des murs qui sont yssus de l'héritage d'aucun par exécution, tout ce est héritage". Le progrès consiste ici dans l'analyse plus pénétrante et qui sépare les immeubles par destination des immeubles par nature.

Un dernier progrès qui date de la même époque s'applique enfin à la catégorie des immeubles incorporels. Si le Grand Coutumier de France en donne

déjà des exemples, bientôt on a élargi cette énuméra-

Progrès de la distinction au XIV^e siècle dans le grand Coutumier.

Immeubles corporels et immeubles incorporels.

Apparition des immeubles par destination.

Application de la distinction aux actions.

Source : BIU Cujas

tion en y classant des biens dont on ne s'était pas occupé encore, les actions en justice. Ce sont des biens incorporels à qui on a accordé une valeur pécuniaire quand la Renaissance du Droit romain a remis en vigueur les anciennes actions en justice. C'est au XIV^e siècle que les Romanistes s'occupent du point de savoir dans quelle catégorie il y aurait lieu de ranger les actions. Le premier romaniste qui mentionne cette recherche est Guillaume Du Cuing au XIV^e siècle, dans le Midi de la France. Il distingue les actions en meubles et immeubles selon qu'elles procurent ou non des revenus au titulaire. (*Lectura supra codicem F° 8 V°*). P. Jacobi à la même époque (*Pratica* p. 417 et sq.) en arrive pour elles à la classification moderne que les actions sont meubles ou immeubles selon qu'elles tendent à faire obtenir un meuble ou un immeuble. Ce progrès accompli par les Romanistes ne doit pas surprendre à cause de l'importance considérable qu'a eue chez nous la renaissance du droit romain.

Ainsi la distinction élaborée par Beaumanoir s'est élargie dans les deux siècles suivants. Nous allons l'étudier maintenant dans les Coutumes rédigées.

Nous avons suivi la formation de l'extension de la distinction des meubles et immeubles à travers les XIII^e et XIV^e siècles. Rappelons les résultats auxquels nous sommes arrivés: le C.C contient dans ses art. 517 à 527, une étude de cette distinction qui a survécu jusqu'à aujourd'hui. Il distingue trois catégories d'immeubles: les immeubles par nature (fonds de terre, bâtiments, moulins, pressoirs, et constructions.) Pour ceux-ci, la doctrine de la division en meubles et immeubles a été fixée de très bonne heure: on la trouve déjà dans Beaumanoir qui compte parmi les immeubles toute chose tenant à cheville.

En 2^e lieu se rencontrent les immeubles par destination, que le C.C. range en deux catégories: d'abord les objets qui sont placés par le propriétaire sur l'immeuble pour le service et l'exploitation du fonds: (animaux de culture, ustensiles aratoires, pigeons des colombiers, lapins des garennes, ruches à miel, poissons des étangs....). A côté de cette première catégorie d'objets, une autre comprend les meubles attachés au sol à perpétuelle demeure par le propriétaire, à chaux ou à ciment et formant corps avec l'immeuble. Ici la doctrine a été bien plus lente à s'élaborer.

2° - Les immeubles par destination:

Elaboration de cette catégorie, d'abord pour les objets

C'est tout d'abord pour les objets unis matériellement au fonds et faisant corps avec lui qu'elle s'est constituée. Dans le n° 672, Beaumanoir nous fournit comme le point d'attache de cette distinction, il parle du four, moulin, maison, pressoir, tant qu'il

fixés matériellement à l'immeuble à clous et à cheville.

les tiennent à cheville" et le Grand Coutumier de Charles VI, au XIV^e siècle, L.II. Ch. 18, p. 229: "De la division des meubles et héritages", distingue nettement pour le pressoir tout ce qui tient en terre, qui est considéré comme immeuble" que l'on ne pourrait mettre hors sans despecier..... tant comme elles tiennent à clous et à cheville". Tout ce qui n'est pas enclavé dans la terre est donc meuble. Le point d'arrivée de cette conception se trouve dans l'art. 90 de la Coutume de Paris: "Ustensiles d'hôtel qui se peuvent transporter sans fraction et détérioration sont aussi réputés meubles; mais s'ils tiennent à fer et à cloud, ou sont scellés en plâtre et sont mis pour perpétuelle demeure et ne peuvent être transportés sans fraction et détérioration sont censés et réputés immeubles: comme un moulin à vent ou à eau, pressoir édifié en une maison, sont réputés immeubles quand ne peuvent être ôtés sans dépecer ou désassembler, autrement sont réputés meubles. C'est exactement la même doctrine et dans cet art. 90 on trouve déjà la formule même qui est employée aujourd'hui "Meubles attachés à perpétuelle demeure". Toutefois on peut remarquer, en comparant l'art. 90 avec les art. 524 et 525 C.C que notre C.C pour l'immobilisation ajoute une condition: que les meubles aient été attachés à perpétuelle demeure par le propriétaire ou par son mandataire et non pas par un locataire. C'est là l'apport dernier de notre C.C. Cette nécessité ne date d'ailleurs que du C.C et on ne la trouve pas dans Pothier (Traité des choses § I Ed. in 12 p.508)," quand ils ne savent être ôtés sans être dépréciés ni désassemblés".

Extension à certains objets destinés à l'exploitation du fonds.

Quant à la deuxième catégorie des immeubles par destination, le progrès fut bien moins rapide. Il s'agit des objets qui, sans être attachés matériellement à l'immeuble sont placés par le propriétaire pour le service et l'exploitation du fonds. Le progrès ici, s'est fait pas à pas pour chaque hypothèse distincte. Dans le Grand Coutumier de Charles VI, L. II.C. 18, p.228, l'auteur déclare que pour le poisson des étangs la solution est douteuse. Cependant il propose le criterium suivant, qui a été accepté par la suite: les poissons d'un étang sont immeubles quand ils y sont à l'état de liberté naturelle, quand on peut les considérer comme faisant partie de l'étang pris in globo. Ils ne sont pour ainsi dire pas encore individualisés. Si au contraire ils sont dans un réservoir, ils sont meubles, ils sont comme s'ils avaient été péchés et déjà appropriés individuellement. Même solution dans l'art. 91 de la Coutume de Paris de 1580: "Poisson estant en étang ou en fosse est réputé immeuble: mais quand il est en boutique ou réservoir est réputé meuble".

Même criterium admis pour les pigeons du colombier, les lapins des garennes, et tout cela a été transporté dans notre art. 524 du C.C.

Mais pour le reste - et le fait doit être relevé - c'est-à-dire pour les animaux de culture et ustensiles aratoires, il n'en est plus de même. Alors que notre C.C. admet leur immobilisation par cela seul qu'ils sont destinés à l'exploitation, notre ancien droit les répute meubles tant qu'ils ne sont pas naturellement attachés, englobés dans l'immeuble. En fait les ustensiles aratoires, les animaux sont séparés de l'immeuble, par conséquent ils restent meubles. Beaumanoir n'en parle pas; d'autres coutumes en font des catœux et ceux-ci s'étant peu à peu confondus dans les meubles, il en a été de même de ces animaux et instruments de culture. Le grand Coutumier et la Coutume de Paris n'en disent rien et Pothier déclare expressément que ces biens doivent être considérés comme meubles: traité des choses § I "Les choses transportables de leur nature qui sont mises dans une métairie ou maison, pour servir à son exploitation, n'en font pas partie et sont des meubles. Au contraire les choses qui sont cohérentes à l'héritage, qui y sont pour perpétuelle demeure, qui servent à le compléter font partie de l'héritage et suivent sa nature d'immeuble". Il y a là une distinction intéressante et qui n'a pas disparu, ou plutôt le changement ne s'est opéré à son sujet qu'au moment même du C.C. Ce que le C.C. fait prédominer, c'est la destination de l'objet, en exigeant que l'affection à la culture ait été faite par le propriétaire.

Enfin notre C.C. comprend des immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, art. 526. Ce sont les droits réels incorporels, les actions. L'amorce de cette catégorie remonte très haut, puisque nous la trouvons déjà dans Beaumanoir, qui signale comme immeubles les cens, rentes, etc... Cette catégorie s'est même étendue au XV^e et XVI^e siècle et on a été amené à y comprendre les actions judiciaires: sont immeubles celles qui tendent à obtenir un immeuble. Aux XVI^e et XVII^e siècles, l'extension a été plus large encore et a été due aux développements considérables des droits incorporels, qui assurent la perception durable de revenus pécuniaires et qui par conséquent sont considérés comme constituant une fraction de plus en plus stable de la fortune familiale. En principe les créances d'argent sont meubles, car elles tendent à obtenir le paiement d'un meuble Art. 89, Paris: "Cédules et obligations faites pour sommes de deniers, marchandises, ou autres choses mobilières sont censées et répu-

Les animaux de culture et les ustensiles aratoires ne sont considérés comme immeubles que depuis le C.Civ.

3° - Les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent.

Les droits incorporels immobiliers, leur importance dans l'ancien droit.

Les rentes.

Dans notre ancien droit il en est ainsi même si ces créances de deniers sont garanties par une hypothèque, celle-ci n'étant que l'accessoire de la créance de deniers et par conséquent lui empruntant sa nature. Mais dans notre Ancien Droit, pratiquement, quand on veut emprunter une somme d'argent, on a recours non pas à notre emprunt actuel mais à la rente: on se fait vendre une rente. Primitivement la rente portait sur un immeuble. On vendait à celui qui vous fournissait la somme un droit réel sur l'immeuble et la rente vendue était par sa nature immobilière. C'était la rente foncière. La permanence du droit à rente foncière sur l'immeuble se traduisait par l'obligation à des arrérages pécuniaires réguliers et se rapprochait ainsi de l'immeuble qui se caractérise parce qu'il est productif de fruits. A côté de la rente foncière, s'est développée, aux XV^e et XVI^e siècles, la rente constituée où l'immeuble a commencé par avoir un rôle effacé et où les choses ont évolué de telle manière qu'au XVI^e siècle il n'est même plus nécessaire, pour créer une rente, de l'assigner sur un immeuble, on peut l'assigner sur soi-même. Ce sont les rentes volantes.

Quelle était la nature des rentes constituées? Certaines coutumes les réputent meubles, parce qu'elles tendent surtout à obtenir une somme d'argent. D'autres comme Paris et Orléans, les réputent immeubles et l'autorité de ces coutumes était si grande que leur solution devint le droit commun coutumier et est adopté comme règle dans les coutumes muettes. Cf. Paris, art. 94: Rentes constituées à prix d'argent sont réputées immeubles jusqu'à ce qu'elles soient rachetées".

Les commentateurs, pour expliquer ce caractère immobilier, à première vue un peu singulier, disent que la rente est un être intellectuel, distinct, séparé des arrérages qu'elle produit et qui, par le fait qu'elle les produit tous les ans se rapproche d'un immeuble. Cet être intellectuel du reste a d'abord reposé sur un immeuble et ne s'en est séparé que lentement.

A la fin de l'ancien droit nous voyons comment, dans cette classification, Pothier, par des raisons qui ne sont pas toujours tirées de la nature des choses (traité des choses § 2 p. 528 - 529), explique que la rente est un être intellectuel distinct et séparé des arrérages qu'elle produit; et il ajoute: les raisons qui ont déterminé à les réputer immeubles sont "tirées de cette ressemblance des rentes avec les immeubles, jointes à une autre tirée de ce que ces rentes constituées forment aujourd'hui la plus grande

partie du patrimoine, souvent tout le patrimoine d'un

très grand nombre de familles".

Voilà avouée la raison profonde qui a commandé ce classement: quand un bien devient assez important pour être considéré comme l'assiette de la fortune de la famille on le classe dans la catégorie des immeubles.

Les rentes constituées ont disparu de chez nous et dans la mesure où elles subsistent elles sont mobilières. Voilà donc un nouveau changement à notre ancienne doctrine.

Enfin au cours du XVII^e siècle , on a classé un autre ordre de choses parmi les immeubles: les offices vénaux de judicature et de finance. Pothier nous dit aussi que c'est pour sauvegarder la fortune de la famille qu'on les a déclarés immeubles. Ces offices vénaux se transmettent au moment où le titulaire aliène la finance de l'office: art. 95 Paris: "Office venal est réputé immeuble et à suite par hypothèque quand il est saisi sur le débiteur par autorité de justice, auparavant résignation admise et provision faite au profit d'un tiers, et peut être crié et adjugé par décret". L'article ajoute: "Toutefois les deniers provenant de l'adjudication, (au cas où, le titulaire étant insolvable, on aurait fait vendre l'office), sont sujets à contribution comme meubles entre les créanciers opposants qui viennent pour ce regard à déconfiture au sol la livre".

Si donc cet article 95 admet bien que les offices vénaux, pour ce qui touche à la finance, devaient être regardés comme saisissables , pourtant l'assimilation de l'office à tous les immeubles n'est pas achevée complètement en 1580, puisque en cas de déconfiture on considère la finance comme devant être traitée à la manière des meubles et ne devant admettre entre créanciers aucun droit de préférence puisque "meubles n'ont pas de suite (ni de préférence) par hypothèque". En 1580 les offices sont bien immeubles, mais n'y sont pas encore assimilés à tous égards. Le progrès a continué au-delà de 1580 par l'Edit du 13 Mars 1683. On y a achevé l'assimilation et décidé que, contrairement aux errements antérieurs, les offices adjugés bénéficieraient comme les autres immeubles de la procédure d'ordre et seraient susceptibles d'hypothèques (Ferrière Coutume de Paris , art. 95).

On n'a pas modifié le texte de la Coutume, mais il s'est trouvé rectifié par l'Edit.

Tel est le dernier stade du développement de cette division avant le C.C. Elle s'est de plus en plus agrandie et en est arrivée à comprendre toutes les choses: toutes choses doivent être réputées

Les offices
de judicature.

Caractère ab-
solu de la
division en
meubles et
immeubles
dans la cou-

tume de
Paris.

meubles ou immeubles et c'est bien le sens de l'art. 88 de la Coutume de Paris de 1580: "En la Prévosté et Vicomté de Paris y a deux sortes et espèces de biens seulement: c'est à savoir meubles et immeubles."

Un bien ne peut pas être autre chose que meuble ou immeuble. Ce seulement fait allusion d'une part à ce que toute chose doit rentrer dans une de ces catégories et d'autre part à la disparition des catœux.

Cette distinction a eu une importance si considérable que dans le cours de notre étude il sera plus aisément d'étudier isolément et successivement la propriété mobilière puis la propriété et les droits réels sur les immeubles qui ne sont pas toujours les mêmes que ceux qui frappent les meubles.

Nombreux intérêts de la distinction dans l'Ancien Droit.

Disons tout de suite quels sont, dans notre Ancien Droit, les principaux intérêts de cette distinction.

- 1° - Pendant longtemps la propriété d'un meuble a été sanctionnée par une action délictuelle. L'action réelle, telle que l'entendait le droit romain, a été pendant de longs siècles réservée à la propriété immobilière et on discute encore aujourd'hui pour savoir s'il y a lieu même à notre époque de reconnaître une revendication mobilière.
- 2° - Dans notre ancien droit, les meubles ne sont pas susceptibles d'hypothèque, laquelle est, contrairement au droit romain, réservée aux immeubles.
- 3° - Le propriétaire d'un meuble peut en disposer sans aucune entrave, tandis que les entraves au droit de disposer des immeubles sont nombreuses et proviennent soit du droit du seigneur, soit du droit de la famille.
- 4° - Les modes de transfert des immeubles et meubles ne sont pas semblables.
- 5° - Les dettes doivent être, en cas de déconfiture du débiteur payées d'abord sur les meubles; même pendant longtemps on n'a pas pu du tout saisir judiciairement les immeubles.
- 6° - Les meubles étant seuls susceptibles d'être saisis, sont seul susceptibles d'être confisqués; cette peine originairement n'atteignait pas les immeubles.
- 7° - Le droit de succession n'est pas réglementé de même pour les meubles et les immeubles.
- 8° - Les droits de l'administrateur légal d'un patrimoine sont plus étendus sur les meubles que sur les immeubles: c'est le cas du tuteur, du mari. Enfin
- 9° - la compétence en matière mobilière et immobilière est fixée différemment. La division a donc une influence capitale.

Distinction des propres et
des acquêts.

Limitation de cette distinction aux seuls immeubles.

J'abandonne maintenant cette distinction. Au-dessous de cette distinction capitale il faut en signaler une autre qui est particulière à notre ancien droit et qui est intéressante surtout pour les immeubles. C'est la distinction entre propres et acquêts. Sont propres seulement les immeubles; et tous les meubles sont au point de vue de leur réglementation traités comme acquêts, qu'ils viennent des ascendants ou aient été acquis directement par le propriétaire actuel. Cette inégalité d'importance tient à ce que, dans notre ancien droit, on n'attache pas grand prix aux meubles (*utilis mobilis possessio*). Aussi ne croit-on pas nécessaire de protéger la famille contre leur aliénation. Pothier, *Propres*, signale très exactement les raisons pour lesquelles cette distinction ne s'applique qu'aux immeubles, traité des propres § 3 Section I "Il n'y a que les immeubles qui soient susceptibles de la qualité de propres; les meubles ne le sont pas. La raison en est que notre droit coutumier ayant inventé la qualité de propres pour conserver les biens dans les familles, il n'a attaché cette qualité qu'aux biens qu'il s'est proposé d'y conserver".

Notre droit a donc inventé cette qualification de *propre* pour désigner certains biens qui doivent être conservés dans la famille.

Propres naissants et propres avitains.

Ces propres immobiliers, on les sous-distingue suivant la proximité de l'ancêtre qui les a acquis: on a d'abord les propres naissants (c'est-à-dire les biens transmis aux enfants par leurs parents, quand ceux-ci les avaient eux-mêmes acquis). Ils étaient acquêts pour les parents et deviennent propres aux mains des enfants. On leur oppose les propres avitains (de *avus*-ancêtre) ou propres plus anciens, dont l'acquisition et l'entrée dans la famille remontent plus haut, qui étaient déjà propres dans la fortune de celui dont on examine la succession, de celui dont le titulaire actuel a été le successeur.

Intérêts de la distinction.

Les principaux intérêts de cette distinction se rencontrent dans différentes matières. C'est tout d'abord en matière de succession; les propres qui sont trouvés dans la succession du de cujus et y étaient déjà propres sont attribués aux parents les plus proches du côté d'où sont venus les biens au de cujus. On exclut donc les parents de l'autre côté, même plus proches: les propres maternels ne sont

dévolus qu'aux parents du côté maternel, même si le de cujus a des parents plus proches du côté paternel.

2° - Comme on tient à conserver les propres dans la famille, le droit du propriétaire d'en disposer à titre gratuit est limité par la coutume qui n'apporte aucune limitation au droit de disposer des acquêts. L'institution qui fixe cette limite, c'est la réservé. Les parents ont droit que le de cujus leur réserve les 4/5 des propres lui appartenant, ou 2/3 selon les coutumes.

3° - Il s'agit de limiter le droit du propriétaire de disposer de ces propres à titre onéreux: quand un propriétaire vend un de ces propres, on accorde aux parents de la ligne d'où sort ce bien, la faculté de reprendre le bien aliéné en se substituant à l'acquéreur et en lui remboursant le prix qu'il a payé, ainsi que les frais et loyaux coûts du contrat. La famille a le droit de retirer le bien des mains de l'acquéreur pour le faire rentrer dans la famille.

C'est le retrait lignager.

Cette division des biens d'une personne en propres et acquêts ne remonte dans son organisation vraie qu'au XIII^e siècle, mais son origine et l'état d'esprit dont elle est une manifestation est beaucoup plus ancienne. Cependant elle ne remonte pas au droit romain. Sans doute les Romains ne l'ont pas ignorée tout à fait, puisqu'on la rencontre à propos du prodigue dont, à l'origine du droit romain, on ne prononce l'interdiction que s'il a dilapidé ses bona paterna, avitaque c'est-à-dire ses propres (Paul Sent. III. IV. a §7.) Mais ce n'est là qu'une mention toute accidentelle dans leur législation et en opposition avec la toute puissance du paterfamilias. Dans l'ensemble, les Romains traitent de même les biens reçus des ancêtres et les acquêts. La différence, au contraire, se rencontre d'assez bonne heure chez les Barbares qui reconnaissent en effet à la famille un rôle considérable. Ils distinguent les biens proprement individuels, acquis par le propriétaire actuel des biens venus des ancêtres. On trouve déjà cette distinction dans quelques lois barbares, par exemple dans la loi Salique, au titre 59 de Alodis § 5. Il est question dans ce titre de la transmission héréditaire du patrimoine et au § 5 de la transmission de la terre dont sont exclus les femmes. Le texte qu'on considère comme peut être original de la Loi Salique ne contient que le mot : "terra" sans aucune qualification. Mais il s'est vite complété et bien des versions de la loi Salique ajoutent à terra le mot "salica", la terre salique, celle qui remonte aux usages saliens, la terre de famille. Cette

Ses origines.

Dans les lois franques:
terra Salica
et comparatum.

interprétation du mot " salica" est confirmée par une mention semblable au Titre 56 § 4 de la loi Ripuaire: "Sed cum viriles sexus extederit, femina in hereditate aviatica non succedat". Tant qu'il y aura des représentants du sexe mâle la femme ne succèdera pas à l'héritéité qui vient de ses ancêtres. La loi Ripuaire contient par opposition des dispositions concernant les biens acquis par les époux durant le mariage. La distinction des biens acquêts et propres a donc déjà cours à cette époque et pour la période qui suit immédiatement les Invasions on sera édifié sur sa survivance par les formules de l'époque franque-Marculf II.7. Merkel f.9. M.G. Zeumer - Ed. in 4° - p. 79 et 244 - Il s'agit là de donations mutuelles que se font l'un à l'autre les époux et on énumère les biens qu'ils peuvent se donner ainsi; on distingue nettement l'alodis, bien de famille et le comparatum bien acquis par le disposant. Pourtant cette distinction ne répond pas encore dans la loi Salique à une organisation très affirmée. Il est probable que c'est déjà pour l'aliénation de l'aviaticum qu'on prend l'habitude de demander le consentement des parents. Du VIII^e au XII^e siècle, où la discipline sociale se relâche et où toutes les entraves sont généralement écartées, le contrôle familial a dû s'affaiblir et la distinction entre biens acquis et biens de famille a dû s'estomper. Elle reparait très ferme au cours du XIII^e siècle, comme on le voit nettement dans nos coutumiers.

La notion de propre chez Beau-manoir; son intérêt au point de vue de la réserve des quatre-quint et de la rescousse,

Elle est déjà bien assise dans les coutumes de Beauvoisis de Beaumanoir. Ce n'est pas que celui-ci l'expose professe. Il la tient pour existante et en relève simplement les conséquences. Il faut pour la retrouver se reporter à différents chapitres. D'abord Ch. I4 des héritages. Ces héritages ce sont les immeubles trouvés dans une succession par un héritier, même s'ils avaient été acquis par le de cujus. Ils deviennent propres pour l'héritier à partir du moment où elles passent entre les mains n° 505 T. I. p. 243: " Chascuns doit savoir que quiconques aquiert eritages, si tost comme l'aqueste vient a ses oirs, ce devient leur propres eritages puis que l'aqueste descent un seuil degré. Donques tout le peust cil qui l'aqueste tout lessier en testament, ses oirs auquel l'aqueste vient n'en pust lessier que le quint et aussi ne le peust nus de son lignage ravoir par la bourse, se cil qui l'aquesta le vendist"..... C'est la conséquence naturelle: alors que le de cujus peut laisser ses acquêts à qui il veut, son héritier, pour qui ils sont propres, n'en pourra plus disposer que du quint.

Dans la succession de l'héritier, c'est

à-dire quand ces biens seront devenus propres, on voit

p.235 que les biens seront attribués seulement à ceux de la ligne n° 494 -495." Se j'ai eritage de par mon père et mes pères muert et après je muir sans oir de mon cors, mes eritages de par mon père ne revient pas à ma mère, ainçois eschiet au plus prochien qui m'a-partient de par le père" ..

Enfin ces biens qui sont aux mains de l'héritier seront soumis à la réserve des quatre quints des propres (N° 365).

C'est enfin tout le mécanisme du retrait qui apparaît ici, complété par un dernier chapitre du T. II, relatif à la Rescousse, c'est-à-dire au retrait lignager Ch. 44 T. II. p. 180. Dès cette époque, la théorie générale des propres est donc vraiment constituée.

Ce n'est pas dire qu'elle ne se soit pas modifiée par la suite. A mesure que la société française s'est affermee et a pris un plus grand souci de la conservation des biens dans la famille, le nombre des propres s'est accru.

A - En principe on considère comme propres tous les immeubles acquis en ligne directe ascendante, descendante et collatérale, par succession. Il se peut qu'au début la règle n'ait pas été aussi large et que la qualité de propre et la succession par ligne ne se soient appliquées tout d'abord qu'aux biens advenus par succession en ligne directe et non aux biens venus par succession collatérale, la parenté collatérale étant alors moins prise en considération que la parenté directe. Peut-être même quand on admit qu'un propre pouvait venir par succession collatérale ne l'a-t-on admis que pour le fief, comme le laisse soupçonner le Grand Coutumier de Charles VI L. II ch. 40 p. 368 note 3 B., au titre des successions; à la fin de la page se rencontre un passage qui n'est pas très clair: "En ligne collatérale, le plus prochain héritier doit succéder quant aux meubles supposé, que autrement soit héritages". On suppose donc ici qu'il peut se faire que la succession aux héritages ne passe pas au plus prochain héritier, mais on ne paraît pas affirmer qu'il en soit toujours et nécessairement ainsi. Un éclaircissement sur ce point peut être tiré d'une variante qui se rencontre dans un des manuscrits du Grand Coutumier. Elle est insérée en note: " les biens et successions tant meubles que héritages, non tenus en fief, en ligne collatérale, se partagent également entre les héritiers, par têtes et non par lignes." Ce qui suppose qu'on n'applique pas ici la règle des propres. Il n'y aurait que pour les biens tenus en fief que la règle des propres se serait appliquée

Notion très
large du pro-
pre: tout
immeuble ac-
quis par suc-
cession.

Extension
de la notion
de propre:
aux biens
venus par
donation ou
par avance-
ment d'hoi-
rie.

En tous cas cette phase fut vite dépassée. On assimile même bien vite aux propres venus par succession ceux venus par donation dite en avancement d'hoirie c'est-à-dire faites par un ascendant à son descendant, héritier présomptif. On estime dans ce cas que c'est une avance sur sa succession que fait le donateur. La règle s'étendit même si bien que dans certaines coutumes où le fils aîné seul est héritier la règle s'appliqua même à la donation faite à un puîné, bien que celui-ci ne puisse pas prétendre à la qualité d'héritier présomptif. Anjou 250. Maine 268. Pothier, Traité des Propres, en nous rapportant cette disposition un peu singulière, l'explique en disant qu'on a considéré que, malgré la préférence accordée à l'aîné, les puînés sont capables pourtant d'une espèce de "succession naturelle". La coutume ne veut pas les considérer comme héritiers saisis mais la nature leur accorde ce titre que la loi d'ailleurs leur réserve éventuellement au cas de défaillance de l'aîné.

Ce que je viens de dire est vrai des donations faites aux descendants par les ascendants. On ne traite pas de même la donation faite aux ascendants ou collatéraux, bien qu'ils puissent être héritiers présomptifs. On estime que dans ce cas la règle ne doit pas s'appliquer (Paris 1580, art. 246). Pothier approuve cette doctrine. Il applique même cette dernière règle, c'est-à-dire l'interdiction de la qualité de propre au cas où la donation faite au collatéral ou à l'ascendant porterait sur un bien qui serait déjà un propre aux mains du de cujus donateur. Propre § 2, p. 26: "Néanmoins je pense que la jurisprudence a fort bien décidé que la donation que nous faisons même de nos propres à notre héritier présomptif, même en ligne collatérale, n'est point un avancement de succession. Il y a une grande différence entre la dette naturelle de nos biens envers nos enfants, et les légitimes coutumières qui sont dues par la loi principale à l'héritier aux propres". C'est toujours la même raison de la nature que Pothier envisage.

2° - au bien
qui prend
dans un pa-
trimoine la
place d'un
propre alié-
né; propres
de subroga-
tion.

B. - On admît d'assez bonne heure que le bien acquis en échange d'un propre prend chez l'acquéreur la place du propre échangé et sa qualité. Il devient lui-même propre. C'est la théorie du propre subrogation; il y a ici une subrogation réelle que consacre l'art. 179 de l'Ancienne Coutume de Paris, devenu l'art. 143 de la 2ème coutume: "Quand aucun a échangé son propre héritage à l'encontre d'un autre héritage, ledit héritage est propre de celui qui l'a eu par échange, et s'il le vend il chet en retrait".

Il faut d'ailleurs rapprocher de cette

solution le cas de l'art. 94 de la nouvelle Coutume de Paris. Cet article suppose une rente constituée à un mineur. Ces rentes sont en principe immeubles. Cette rente se trouve un propre parce que le mineur la trouve dans la succession de son ascendant. Cette rente constituée est remboursable par le débirentier qui peut se libérer à son gré. S'il rembourse le capital, le propre disparaît de la fortune du mineur qui n'aura plus à sa place que ce capital remboursé. La Coutume de Paris déclare que les deniers qui auront servi à racheter la rente prendront la qualité de propre, quoi qu'ils ne soient pas immeubles. L'art. 94 dit que "toujours au cas que celles qui appartiennent à mineurs soient rachetées, pendant leur minorité, les deniers du rachat sont censés de même nature qu'étaient les rentes ainsi rachetées."

La raison en est le besoin de protection du mineur et des intérêts de sa famille du côté d'où venait la rente.

La même raison fait attribuer la même qualité de propre aux deniers provenant de la vente des propres de la femme ou du remboursement d'une rente constituée qui lui était propre; quand cette vente ou le remboursement ont lieu durant le mariage, la somme ou l'immeuble acquis en remplacement seront propres.

Dans le même ordre d'idées, l'art. 93 de la Coutume donne la même qualité de propres aux deniers donnés par un ascendant en vue du mariage, pour être employés à un achat d'immeuble. Si l'époux ou le descendant meurt avant que l'achat ait eu lieu, on considère les deniers comme remplaçant l'immeuble.

Dans tous ces cas on comprend la protection que, pour l'enfant, la ferme, ou la famille; la législation des propres a pour but d'organiser.

Toutes ces hypothèses rentrent dans la notion de propre fictif, parce que dans la plupart des cas ce ne sont pas des immeubles.

Ces exemples ont eu dans l'ancienne France une très grande importance. Ils montrent le progrès des propres et du bien de famille.

Notre loi cependant n'a pas été jusqu'à un point excessif, puisqu'elle a maintenu cette idée que la qualité de propre est tout de même l'exception. Le droit commun chez nous est l'acquêt. Pour qu'un bien soit propre, il faut qu'il présente certaines conditions dont l'existence doit être établie par celui qui prétend faire état de la qualité de propre. C'est à l'héritier de la ligne à faire la preuve de la qualité de propre (Pothier Traité des propres, p. 62).

Je termine cette étude de la division des

chooses en signalant une dernière division qui a eu sa importance; la division des immeubles en fiefs et rotures. Je ne m'y arrête pas parce que ce serait trop long. Nous la retrouverons du reste souvent et elle doit être connue de vous.

-:-

-:-

-:-

Tel est dans ses grands traits le régime de la division des choses tel qu'on le rencontre chez nous. Il est assez différent du régime romain et de celui que nous pratiquons, puisque les deux dernières divisions en propres et acquêts, en fiefs et rotures ont aujourd'hui disparu complètement.

Je vous ai annoncé qu'avant d'entrer dans l'étude directe du régime de la propriété nous avions à nous soucier non pas seulement de la division des choses, mais aussi de la division des droits qui peuvent porter sur ces choses.

C'est une matière délicate qui doit attirer l'attention, car elle domine tout le reste des études que nous ferons cette année.

DIVISION DES DROITS.

Les droits réels à Rome: propriété ex Jura in re Alienæ.

Il convient pour le moment d'en prendre une idée d'ensemble. A Rome il existe deux grandes espèces de droits réels. La première, de beaucoup la plus importante, c'est le droit de propriété. Son histoire est assez longue et assez touffue depuis le dominium ex jure quiritium des temps anciens qui suppose un propriétaire romain, un objet romain et l'emploi d'un mode romain d'acquisition, en passant par l'in bonis d'origine prétorienne jusqu'à la forme dernière: la proprietas, à laquelle peut arriver le pérégrin, qui peut porter sur un objet provincial et se contenter de son acquisition d'un procédé du droit des gens.

A côté de ce droit de propriété, le droit romain connaît comme droit réel les jura in re alienæ: les droits réels sur une chose dont la propriété appartient à autrui. On sait que ce sont par ordre d'ancienneté les servitudes rurales, urbaines, servitutes proediorum rusticorum ou urbanarum, les servitudes personnelles (usufruit, usage, habitation) les droits de gage (pignus) et d'hypothèque, droits accordés en garantie d'une créance; enfin les droits de superficie.

cise et d'emphytéose accordés à des exploitants sur une chose qu'ils ont accrue ou améliorée durant leur exploitation. Ces deux espèces de droits, emphytéose ou superficie sont dans la législation romaine les derniers venus et ils ne sont pas par leur constitution d'une aussi visible harmonie avec le système général du droit romain.

On trouve chez nous aujourd'hui à peu près la même systématisation. En réalité nous avons fait retour depuis la Révolution aux conceptions et à la systématisation romaine. Ce fut là la conclusion d'un long progrès dont le début se place au moment où la Renaissance du Droit Romain du XIII^e siècle commence à faire sentir ses effets, c'est-à-dire vers les XIV^e et XV^e siècles. Jusque-là nous avons vécu sur des conceptions assez différentes des conceptions romaines, conceptions qu'il a fallu abandonner peu à peu dans notre marche de retour vers le régime romain. Je ne veux pas dire que dans cette lente transformation du XIV^e siècle à la Révolution on n'ait pas connu et pratiqué les servitudes réelles et personnelles, les droits réels de garantie comme le gage et l'hypothèque, - on ne pouvait pas s'en passer; ils correspondent à des nécessités de la vie sociale si communes, si universelles qu'aucun peuple n'y peut échapper. Mais il faut bien prendre garde que sous des mots empruntés au vocabulaire romain se sont longtemps cachées des conceptions assez différentes de celles élaborées par la technique romaine et qui correspondaient aussi à une tout autre vie sociale.

Pour le comprendre, il est bon d'analyser d'un peu près toutes ces notions.

Le droit de propriété, le dominium ou ses dégradations, si on l'examine dans la législation romaine, peut se caractériser par trois traits principaux: 1° - le droit de propriété romain est profondément, totalement individuel. 2° - il est absolu sur la chose qui y est soumise. - 3° - Il laisse le propriétaire tout seul face à face avec sa chose, sans que ce propriétaire puisse exiger pour tirer de sa chose le profit auquel il prétend, l'aide régulière d'un autre citoyen qui se serait obligé à la lui fournir. Le droit réel et le droit personnel sont si pleinement distincts, qu'on n'admet aucune catégorie juridique où ils se mélangent l'un à l'autre.

Repronons chacun de ces traits caractéristiques.

1° - Un des traits essentiels du droit de propriété à Rome, c'est qu'il est avant tout un droit individuel: ni l'Etat, ni la gens, ni la famille n'ont conservé un droit de contrôle sur l'exercice par le pro-

Analyse et caracté- res du domi- nium romain.

Droit indi- viduel.

priétaire de son droit sur la chose. Cet exercice est pleinement autonome.

Le pouvoir du propriétaire à Rome est chronologiquement antérieur à la formation de l'Etat romain. Il n'est pas surprenant que celui-ci n'ait pas pu lui imposer sa suprématie. La gens a depuis de long siècles disparu et, à la fin du droit romain, il n'en est plus question. Quant à la famille, dans la conception romaine, elle s'incarne dans la personne de son chef, le *paterfamilias*, maître sans limite des personnes qui composent la familia et tout autant de ses biens. Il en peut faire entièrement ce qu'il veut.

Ajoutons, à titre de correctif, que cet individualisme total s'allie chez le propriétaire romain à une conscience très claire des devoirs que lui impose cette conception vis à vis du groupe dont il est le chef. C'est pour cela que la société romaine ne paraît jamais en avoir pris ombrage ni essayé d'y mettre un terme ou un frein.

Donc indépendance totale, absence de tout contrôle d'une autorité supérieure.

2° - Le droit de propriété à Rome est un droit absolu. Ce caractère est comme la conséquence, le corollaire du précédent. Le propriétaire peut faire de sa chose tout ce qu'il veut. Il l'absorbe toute entière. Il a seul droit à toutes les utilités de cette chose, à toutes celles qui se manifestent aujourd'hui comme à toutes les utilités qui y sont contenues en puissance.

Qui donc pourrait s'opposer à ce pouvoir absolu, puisque le propriétaire est seul et sans supérieur en face de sa chose ? Il a sur elle droit de vie et de mort. Il peut la détruire à son gré, puisqu'à supposer même qu'il la gaspille il ne nuira qu'à lui qui seul a des droits sur elle. Le droit du propriétaire romain se caractérise mieux que par aucun autre par l'abusus, c'est-à-dire le droit de détruire matériellement ou juridiquement sa propriété, le tout sans aucun contrôle. Ce jus abutendi c'est la caractéristique la plus notable et la plus originale du droit du propriétaire. C'est une caractéristique qui distingue le droit de propriété des autres jura in re.

Enfin, 3° - nous avons déjà fait allusion à la séparation complète à Rome entre le droit réel et le droit personnel. Le propriétaire n'a en principe droit qu'au respect par autrui de l'exercice même qu'il fera de son droit, mais il ne peut exiger davantage. Cela se comprend encore aisément. Pour le dominus, cela lui suffit puisque la chose est comme le prolongement de lui-même et qu'il n'existe aucun ayant droit

Droit abso-
lu.

Droit ne
conférant
aucune facul-
té d'exiger
quelque cho-
se d'autrui.

à côté de lui, mais l'application est plus délicate et plus caractéristique aux jura in re, aux droits réels autres que la propriété où à côté de lui, celui qui est investi du droit réel en trouve un autre dont le droit propre limite l'étendue du sien. Ainsi à côté de l'usufruitier existe le nu-propriétaire; muni de son droit d'usufruit l'usufruitier ne peut rien exiger de ce nu-propriétaire; celui-ci lui est comme étranger. C'est comme un voisin sur la même chose. Il ne peut lui demander l'entretien de la chose dont il doit jouir, et à l'inverse l'usufruitier n'est tenu à rien vis à vis du nu-propriétaire qui n'a qu'un droit sur la chose à la mort de l'usufruitier. Celui-ci n'est pas même tenu originairement de jouir de la chose avec une certaine discrétion. Il a fallu l'intervention du préteur pour mettre un frein aux fantaisies de l'usufruitier et lui imposer une caution de jouir en bon père de famille. C'est comme une altération de la rigueur primitive, altération qu'on rencontre seulement dans les *jura in re aliena*, qui se développera dans les droits réels plus récents et inclinera peu à peu le droit romain à une conception plus adoucie.

Voilà comment je m'imagine ce droit de propriété dans le droit romain, en ne s'attachant qu'à sa substance. C'est là-dessus que je désire appeler l'attention pour faire comprendre que, dans notre droit français et dans la législation germanique, les choses se passent tout autrement.

Le droit germanique vivait sur de bien autres errements. Relativement au caractère individuel du droit de propriété, comment le droit de propriété aurait-il pu être aussi individuel qu'à Rome alors que le clan, la famille ont conservé sur lui une autorité supérieure et par lui sur les chose lui appartenant, alors que famille et clan contrôlent étroitement, au moins sur certains biens, l'exercice du droit de propriété par le propriétaire, limitent sa faculté de l'aliéner, et la dévolution héréditaire de sa chose ?

Il y a donc dans cette société une dépendance de l'individu, du propriétaire, vis à vis des cercles successifs au centre desquels il est placé. Dans les sociétés issues du monde germanique, cette dépendance de l'individu, cette insertion de chacun dans une hiérarchie dont les différents degrés sont en nombre presque infini, qui partent du serf pour remonter jusqu'au roi, c'est cette dépendance hiérarchique qui est la base de la société. Dans le monde franc et plus encore dans le monde coutumier nul n'est

Conception
différente
du droit
germanique.

La surveil-
lance de la fa-
mille sur
l'individu
et les choses
lui apparte-
nant.

Absence dans
la Société
germanique
et féodale
du caractère
strictement
individuel et
absolu du
Droit de pro-
priété

Source : BIU Cujas vraiment libre, même le noble. Chacun sert à son rang

et à sa manière, le seigneur comme le serf parce que le seigneur a généralement au-dessus de lui un autre seigneur dont il est le compagnon. C'est pour cela que dans le droit des personnes, la division romaine nette et brutale entre l'homme libre et l'esclave n'a plus cours dans le monde barbare ou coutumier. C'est un des traits les plus marquants que la société hiérarchisée du Moyen Âge contienne mille échelons dont chacun se distingue des précédents et du suivant non pas comme à Rome par une opposition de nature et d'essence, mais simplement par la différence d'importance des services que chacun est tenu de fournir.

Il en est de même dans le droit des choses; les choses ne sont aussi que le prolongement de l'individu; la supériorité de chacun au point de vue personnel se traduit par l'octroi au supérieur d'un droit de regard sur la chose de l'inférieur. De sorte que chaque chose n'est pas à un seul maître, comme à Rome, mais un peu à une suite indéfinie de supérieurs: à la famille, au suzerain, à l'arrière suzerain, au seigneur par dessus lui, et en descendant l'échelle elle est aussi à l'exploitant, au capitaliste qui a permis de la mieux exploiter en fournissant son argent et a acquis un droit de rente sur elle; elle est au voisin, qui a gardé le droit d'y faire paître ses troupeaux, le droit d'aller chercher du bois pour se chauffer ou des poutres pour sa chaumière. Elle est un peu à tout usager, qu'il tire de la chose un profit direct comme l'exploitant ou qu'il en reçoive, comme le rentier, le prix sous forme de redevance.

Le propriétaire n'est que le point central d'une foule d'ayants-droit qui plus ou moins étroitement l'enserrent et le contrôlent. Cette conception barbare ou coutumière est comme une transposition individualisée de la propriété collective pratiquée anciennement et dont la survivance de la famille et l'organisation féodale ont maintenu les dernières traces. Ce droit de propriété de notre ancienne France ne peut donc pas avoir le caractère individuel qu'il avait auparavant.

Pareil état de choses met de même obstacle à ce que le propriétaire puisse faire ce qu'il veut de sa propriété. Le trait marquant de la propriété ce ne sera plus l'abusus, le droit de détruire la chose: personne ne possède ce droit dont l'exercice nuirait au droit de tous les autres, les multiples ayants-droits successifs. Ce qui caractérisera la propriété dans le monde barbare et coutumier, ce sera donc seulement le droit de tirer de la chose une utilité, un profit quel qu'il soit, aussi fragmentaire que vous le

voudrez. Toutes les fois qu'une personne pourra tirer pour elle profit d'une chose quelle que soit l'exiguité de cet usage, elle en sera considérée comme propriétaire partiaire.

De ces droits de domaine, il existe un très grand nombre: les uns ont droit aux fruits et aux pâturegues, au droit de couper des bois - d'autres à des redevances. L'unité du dominium romain s'est divisée en une multitude de droits fragmentaires, tous relatifs et qui se limitent. De là ce fouillis de droits qui alourdit toute notre propriété et qui ne disparaît qu'à la Révolution.

3ème caractère: A Rome, le droit réel n'octroie à son titulaire qu'un droit direct immédiat sur la chose, sans que personne soit obligé à lui faciliter l'exercice de ce droit. C'est au titulaire tout seul qu'incombe le soin de tirer de la chose ses avantages. Les autres personnes, n'étaient tenues vis à vis de lui qu'à une obligation de ne pas faire.

Ici encore entre la législation romaine et la législation coutumière, subsistera jusqu'en 1789 une différence totale de conception. Le droit réel dans la société coutumière est le droit à un produit de la chose, quel que soit celui à l'activité duquel il faille recourir pour l'obtenir, par conséquent même si c'est un autre que le titulaire du droit qui a mission de le fournir. L'immeuble est une source de richesse et tout homme qui a droit à une part de ses revenus en nature ou en valeur a un droit réel, même s'il n'a matériellement avec cette terre aucun contact direct. Et ce droit se manifeste par la faculté éventuelle de reprendre la chose au cas où celui qui doit transférer une part du profit de la chose manquerait à ses devoirs. Cette définition du droit réel est plus large que celle du droit romain. Elle fait rentrer certainement dans les droits réels ceux que le droit romain considérait déjà comme tels: droit de propriété, servitude foncière, usufruit, usage, habitation, gage, hypothèque, emphytéose et superficie. Tout cela, dans notre technique coutumière, ce sont bien, comme à Rome, des droits réels, mais en outre le droit réel comprend bien d'autres droits, comme par exemple la rente foncière ou la censive.

La rente foncière est dans cette technique un droit réel immobilier, parce que les arrérages de la rente seront fournis au crédirentier sur le produit donné par la terre. Si celle-ci ne donne rien, le débirentier se libérera de toute redevance en faisant au crédirentier abandon de cette terre qui ne peut plus rémunérer son droit. Mais il n'est pas né-

différences
entre la no-
tion de
droit réel
à Rome et
au Moyen-Age,
par suite
d'un mélan-
ge de la
notion d'o-
bligation à
celle de
droit réel.

application
de cette i-
dee à la ren-
te foncière.

cessaire, pour que le droit du crédirentier soit un droit réel, que le crédirentier jouisse par lui-même de la chose ou par son mandataire. Il est même contraire à la nature de la rente foncière que le crédirentier s'emploie à percevoir lui-même les revenus, quoi qu'il soit titulaire d'un droit réel, qu'il se comporte par exemple comme le fait un usufruitier. C'est de la main de l'exploitant, du débirentier qu'il recevra les arrérages qui sont la manifestation de son droit réel. Pour le crédirentier, son droit réel lui permettra d'exiger de l'exploitant, du possesseur de la chose que celui-ci travaille la terre à son profit. Le droit réel non seulement grève directement la terre à laquelle il est attaché, mais se double donc parfois d'un droit au service personnel de l'exploitant. Au droit réel ancien s'ajoute parfois au profit de son titulaire, l'obligation personnelle qui grève l'exploitant et dont il a le bénéfice. Cette obligation de l'exploitant participe du droit réel, puisqu'elle disparaîtra quand le débirentier, désespérant de tirer de la terre ce qu'il doit lui-même payer, fera déguerpissement.

Contrairement à Rome le droit réel n'apparaît donc plus dans toute sa pureté, il est mélangé d'un droit personnel contre l'exploitant. Ainsi s'analyse le droit du crédirentier. Cet exemple fait mieux saisir le caractère que je veux dégager. Mais on peut tout aussi bien transporter cette analyse au droit du suzerain: Il a sur la terre un dominium direct, la terre, il l'a confiée à son vassal et c'est par l'intermédiaire de ce vassal qu'il tirera profit de la terre. Et ce profit fourni ne sera même pas toujours pécuniaire. Ce sera parfois un service de guerre ou de justice, rendus prestables, grâce aux bénéfices tirés de la terre. Même raisonnement pour le droit du seigneur censier sur la terre soumise à cens. Ils ont des droits réels, mais leurs droits naissent de l'exploitation de la terre par un autre que le titulaire du domaine.

On voit quelle différence profonde entre ces deux conceptions du droit réel; elle a pesé sur tout notre ancien droit et duré jusqu'à la Révolution.

Cet élargissement de la notion du droit réel correspond d'ailleurs à un élargissement capital de l'organisation sociale même au Moyen-Age. Cette société du Moyen-Age qui avait été mortellement troublée par toutes les révolutions successives qu'avait subies le pays, a dû, pour vivre, exiger de chacun une collaboration disciplinée, attacher chacun à une tâche précise, dans laquelle il serait contrôlé par

Transforma-
tion sociale
du Moyen-Age
correspondant
à cette nou-
velle notion
du droit réel.

un supérieur qui vit près de lui, protège son labour, lui fait rendre justice et en échange lui demande respect et soumission. La société féodale en donne exactement le tableau. Pour consolider cet état rigoureusement hiérarchisé on lui a donné une base inébranlable, la seule possible à cette époque, qui est la possession de la terre. Il faut, pour que ces échelons successifs jouent chacun leur rôle, que cette terre pourvoie à la vie de tous, depuis le seigneur jusqu'au simple serf, il faut en même temps que chacun du haut en bas de l'échelle soit investi sur la terre d'un droit réel que personne ne puisse lui enlever, droit réel de dignité et de profit variable, mais d'égale solidité pour tous et aussi d'égale durée. De là la nécessité sur une même terre d'une série de droits dont la rémunération de chacun s'alimente nécessairement dans le travail de l'exploitant qui est seul à cultiver la terre, dont la rémunération est fournie à tous les autres par cet exploitant, qui doit à chacun redevance et profit. De là cette complexité et cette efflorescence spontanée de droits réels innombrables dont la rémunération suppose le recours de chacun au travail de l'exploitant.

Voilà en quoi notre droit du moyen-âge est bien différent de la législation romaine.

Ceci dit, on comprendra mieux une dernière et brève remarque qui nous mènera à dégager l'histoire suivie par tout ce droit foncier jusqu'à la Révolution.

Le droit romain classait les droits réels en deux catégories bien distinctes. La première comprenait le droit de propriété, le dominium tout seul; il constituait à lui seul cette catégorie parce qu'il était au fond d'une nature assez différente des autres.

La deuxième catégorie comprenait les jura in re aliena les droits sur la terre qui est la propriété d'un autre, jura praedorum, servitudes réelles et servitudes personnelles. Ces jura in re aliena sont assez différemment traités du dominium et contrairement à lui sont qualifiées de droits incorporels, tandis que le dominium est un droit corporel car il se confond avec le corpus de la chose. Les autres impliquant que le droit d'accomplir sur la chose un acte limité ne peuvent prétendre sur cette chose à aucune main-mise corporelle.

L'ancien dominium romain, dans son intégrité, avec son absorption totale de la chose, n'a pas pu survivre aux transformations que nous venons de suivre; il s'est dissous en une multitude de do-

Le dominium romain remplacé chez nous par une multiplicité de domaines qui correspondent chacun à une utilité de la chose.

Tentative après la Renaissance du Droit romain d'adapter les formes romaines au régime foncier coutumier.

maines fragmentaires dont la portée de chacun, s'est limitée à une utilité de la chose. Chacun de ces droits est en vérité bien plus rapproché des anciens iura in re aliena que du dominium romain. De dominium, en réalité, il n'en existe plus. Aucun de ces domaines n'a eu, pendant toute la longue période où nous sommes, la supériorité incontestée, l'autorité éminente du dominium romain. Il y a, comme épars sur la chose, une multitude de droits, dont on est souvent bien embarrassé de dire lequel l'emporte sur les autres. Pourtant on a généralement qualifié de dominium chacun de ces droits superposés quand il portait, pour son exercice, sur la chose entière. Et comme tout droit fragmentaire dont la portée n'est pas limitée avec assez de précision est de sa nature envahissant, il est arrivé que chacun de ces dominia a eu vis à vis des dominia rivaux, tendance à s'attribuer une supériorité parfois éphémère; chacun de ces droits a eu son apogée et son déclin. L'histoire du droit de propriété chez nous est à cause de cela beaucoup plus variée et plus accidentée qu'à Rome et se résume presque dans la lutte engagée entre quelques-uns de ces dominia pour savoir à qui appartiendra définitivement sur la chose la primauté. A Rome, conflit était impossible à raison de la supériorité in contestable du dominium sur l'usufruit ou la servitude. Il en a été tout autrement chez nous et c'est un des aspects particuliers de notre histoire.

Il y a donc eu chez nous un système réel tout différent du système romain et qui correspond à un système social français aussi différent du romain. Ce système nouveau aurait sans doute fini un jour ou l'autre par trouver sa formule adéquate, sa technique particulière, s'il était resté assez longtemps à l'abri des influences extérieures. Mais, après l'affaissement jusqu'à l'oubli de la législation romaine, du VII^e au XI^e siècle, se produisit, pour des raisons que nous ne pouvons indiquer ici, la Renaissance au XII^e siècle de l'enseignement du droit romain. A cette époque la société féodale et coutumière est constituée sur les bases que nous connaissons, différentes de celles du monde romain. La renaissance du droit romain ramena au jour des formules oubliées et elle mit en face de la constitution féodale, la systématisation romaine qui n'avait pas été faite pour elle. Il résulta de cette rencontre qu'on tenta d'adapter l'une à l'autre; on déforma le moule romain qui se rencontrait dans les écrits de Justinien et en même temps on exerça sur les institutions nouvelles pour les romaniser, du moins en apparence, une poussée si énergique que lentement elles céderont, si bien que peu à peu on en vint à faire

une place régulièrement croissante aux conceptions et aux formes romaines, en dégradant de plus en plus tout ce qu'avait eu d'original le régime coutumier.

Ce changement doctrinal n'a d'ailleurs pu s'opérer que par suite des changements sociaux qui s'opérèrent depuis le XIII^e siècle et contribuèrent à rendre socialement et économiquement désirable ce retour aux institutions romaines, si bien que la Révolution forme le point d'arrivée de tout ce grand mouvement.

Cette adaptation des institutions nées en dehors d'elle à la technique romaine constitue l'histoire des droits réels chez nous et c'est elle dont il importe d'iniquer les traits du XIII^e siècle à la Révolution.

Cette œuvre comprend deux étapes successives que nous examinerons l'une après l'autre.

La première étape se résume dans l'effort qui a été fait pour trouver dans la terminologie et le système romain de quoi soutenir et protéger dans ses différentes parties la constitution féodale. On en arriva même à utiliser la force de résistance de cette technique romaine pour consolider des institutions qui conservaient encore une fluidité peu favorable à leur durée. Ce fut l'œuvre des Glossateurs et Bartolistes: se servir du droit romain pour justifier et étayer les nouvelles notions nées de la nécessité des temps.

Ce travail achevé, quand on eut fait entrer dans la technique romaine tout le système féodal et les concessions superposées qu'il comporte, commença tout un travail de retour aux conceptions romaines, de dégradation des notions antérieurement établies. Ce fut surtout l'œuvre sourde de nos anciens coutumiers soutenus et poussés par les transformations sociales qui s'accomplirent durant ces quatre ou cinq siècles dans cette voie.

Reprendons chacune de ces étapes pour voir comment s'y est comportée cette technique.

I^{ère} étape: Elle consiste à habiller à la Romaine les conceptions qui n'avaient rien à voir avec celles élaborées par Rome.

Le système féodal reposait sur l'hypothèse de concessions successives et superposées, laissant chacune à la fois au concédant alienateur et au concessionnaire acquéreur un droit réel sur la chose concédée, droit réel qui pouvait trouver sa manifestation corporelle dans des circonstances variables, dont dignité et profit étaient essentiellement divers.

Comment trouver dans le système unitaire romain de quoi soutenir cette multiplicité de droits en

Deux étapes dans cette transformation.

Oeuvre des glossateurs adaptant la technique romaine au droit résultant des concessions

au Moyen-Age.

Utilisation de la distinction procédurale romaine entre la vindicatio directa et la vindicatio utilis. Distinction du domaine utile et du domaine direct.

Adaptation de la protection pétitoire au possessoire à ce domaine divisé.

en accordant un à chacun des échelons superposés ? C'est le régime procédural romain qui fut exploité ici par les glossateurs. On peut distinguer dans cette marche plusieurs phases dont la première s'étend jusqu'à la grande glose d'Accurse. On eut recours à l'existence en droit romain, en matière de propriété, de deux actions en revendication: l'action directe et l'action utile, l'action directe la plus ancienne, celle qui était accordée pour protéger une situation de droit conforme à la rigueur de la législation primitive, la reivendicatio accordée au dominium ex jure quiritum et l'action utile, c'est-à-dire l'action conforme à l'équité internationale, et qui permettait de protéger celui qui ne satisfaisait pas à toutes les exigences du droit romain original. On recourut donc en attribuant chacune à un échelon différent à la vindicatio directa et à la vindicatio utilis. Vindicatio directa, vindicatio utilis furent utilisées, la première pour le cédant, celui dont la dignité comme propriétaire était la plus éminente et qui était le plus qualifié pour correspondre au dominus ex jure quiritum et la vindicatio utilis ou l'accorda au vassal ou à tout autre concessionnaire inférieur. L'octroi de la vindicatio mena au bout d'un certain temps à reconnaître à chacun de ces deux ayants-droit un droit réel et ce droit réel qu'on leur reconnut, ce ne fut pas un jus in re alia na mais un véritable dominium sur la chose. Tout un travail de doctrine se fit pour appliquer cette distinction des actions utiles et des actions directes à la situation nouvelle, et à la faire passer de la procédure sur le terrain du droit.

Cette première phase va de la renaissance italienne à la grande glose d'Accurse qui résume tout l'effort de l'école des Glossateurs.

A cette première phase en succède une deuxième qui est l'œuvre de la grande glose d'Accurse. Après avoir octroyé ainsi un dominium utile au vassal parallèle mais subordonné au dominium directum reconnu au suzerain, on s'efforça de doter ce dominium utile de toutes les protections judiciaires imaginées pour le dominium directum et d'attribuer à ce dominium utile une vie indépendante et autonome et calquée sur le modèle de celle du dominium directum. Il fallut à côté de la revendication trouver l'équivalent de la publicienne et à un degré au-dessous de celle-ci trouver l'équivalent de toute la protection possessoire qui deviendrait une protection possessoire utile, l'ancienne protection possessoire romaine s'appliquant uniquement au droit du suzerain. Cette transformation on la trouve exposée dans la grande Glose; mais Accurse en a certainement

Déplacement du caractère relatif du domaine.

trouvé les éléments chez les jurisconsultes antérieurement à lui, sans qu'on puisse dire à qui chacun a été emprunté.

Enfin au cours du XIV^e siècle les glossateurs français et spécialement Johannes Faber, avocat de la région de Bordeaux, s'attachèrent à dégager quelque chose de nouveau: le caractère relatif du domaine direct et du domaine utile. Ce caractère relatif consiste en ce que si on prend un même tenancier, son droit pourra être qualifié différemment selon la personne à qui on l'opposera: le suzerain a le domaine direct vis-à-vis de son concessionnaire par opposition au domaine utile qu'il a concédé à celui-ci. Mais en face du seigneur de l'échelon immédiatement supérieur à lui ce concédant de tout à l'heure ne sera plus qu'un concessionnaire car il a reçu le fief de son suzerain; vis-à-vis de celui-ci il n'aura donc plus qu'un domaine utile le domaine direct appartenant à son égard au seigneur supérieur. Les termes domaine direct, domaine utile ne peuvent donc être pris dans un sens absolu, le même homme étant investi d'un même droit direct vis-à-vis de son concessionnaire et utile vis-à-vis de son concédant. Chaque échelon se trouve donc doté à la fois d'un domaine direct et d'un domaine utile. C'est cette conception délicate, qui a été mise en lumière par Johannes Faber.

Alors tout l'agencement de cette société féodale se trouva muni de la protection romaine et se trouva pouvoir être traduit selon la terminologie romaine à laquelle il finissait par s'adapter.

L'achèvement de cette œuvre doctrinale délicate se place à la fin ou au milieu du XIV^e siècle Cf. M. Meyrial dans *Mélanges Fitting*, 1908. T.II.

Voilà la première phase de cette histoire et comment à l'aide du droit romain on est parvenu à classer et à sanctionner tout ce que la législation coutumière avait auparavant dégagé .

Retour aux conceptions romaines classiques.

Après ce premier mouvement est venu le second. Cette technique nouvelle constituée, il se produit chez nous une marche de retour vers les conceptions romaines altérées dans les siècles précédents. Ce retour s'opère depuis la fin du XIV^e siècle jusqu'à la Révolution. Ici on peut être bref. La division du domaine en domaine direct et en domaine utile, la multiplication des droits réels retenus dans les deux catégories, eut, dans son application aux biens des effets favorables au progrès social mais en même temps dangereux au point de vue économique.

Au point de vue social, l'attribution d'un domaine même inférieur en dignité à l'exploitant assurait à celui-ci une stabilité nouvelle. Devenu domi-

nus il ne pouvait plus être expulsé de la terre qui lui appartenait. Cette exploitant devint donc bénéficiaire sans pouvoir en être jamais privé, de l'accroissement de valeur apporté à la terre par le labeur provenant des générations successives.

Sans doute il avait promis une redevance au domanier. Mais cette redevance, fixe et ordinairement en argent, devint de moins en moins lourde à mesure que l'exploitant se trouvait sur une terre de plus en plus complètement défrichée et productive. Sans changement dans sa condition et insensiblement, la part de cet homme dans le produit de la terre s'accrut, alors qu'au contraire la valeur marchande de la directe allait s'amenuisant par l'effet de l'enrichissement général et de l'affaiblissement de la valeur d'achat de la monnaie. Si bien qu'au bout de quelques siècles de ce régime, on s'aperçut que la primauté ancienne du domaine direct du concédant devait passer au domaine utile. Ce fut lui qui acquit la prépondérance et cette migration se traduisit dans la langue des jurisconsultes surtout depuis le XVI^e siècle. Au XVI^e siècle on en est encore à considérer le domaine direct comme étant le seul vrai domaine, l'autre n'en étant qu'une dégradation. On en trouve l'expression caractéristique dans Pontanus commentateur de la Coutume de Blois. Il est encore formel en faveur du domaine direct Art . 33 " Dominium duplex est: directum et utile Directum, id est quod verum proprium ac principale Dominium est.... cui etiam directo dominio proprietatis tantum appellatio convenit et nunquam utili". "Il y a deux domaines le direct et l'utile. Le domaine direct est le vrai, propre et principal domaine, c'est à ce seul domaine que convient l'appellation de propriété et non pas du tout au domaine utile." Pour Pontanus donc, s'il fallait reconstituer l'unité du domaine, il n'est pas douzeux que ce ne pourrait être qu'au profit du domaine direct et en faisant disparaître le domaine utile.

De même Cujas de feudis I. I. proemium qualifie le domaine du vassal de jus in praedio alieno, et Dumoulin , Traité des Fiefs § I glose 5 N° I qualifie le domaine utile de servitude ou quasi-servitude, le nom de domaine n'étant mérité que par le dominium directum.

Depuis cette époque le langage changea. Au XVII^e siècle, Hévin place les 2 domaines sur la même ligne: le seigneur exerce les droits qu'il tient de son domaine direct " non jure servitutis sed jure primoevo retento, seu jure dominii directi". Il résiste à cette prétention probablement déjà émise par certains de râver le domaine direct au rang de servitu-

La reconnaissance du domaine utile à l'exploitant lui assure la perennité de la possession.

renversement de la prééminence des deux domaines du XVI^e au XVII^e S.

de: il lui maintient sa qualité de dominium en vertu de sa concession originaire. Mais de son côté le vassal jouit de la seigneurie utile jure suo, jure proprietatis et perpetuo. Le domaine utile s'est haussé, à la parité avec le domaine direct. L'évolution continue et au XVIII^e siècle, à l'époque de Pothier (Traité des Fiefs n° 8, et Propriété n° 3) les choses sont renversées. Le domaine utile est devenu la véritable propriété et le domaine direct passe au rang de servitude, comme l'avaient tenté quelques contemporains d'avant-garde à l'époque d'Hévin, de sorte que quand on voudra reconstituer l'unité du domaine en 1789, c'est au profit du domaine utile qu'on la fera en supprimant le domaine direct. Insensiblement le concédant dont le travail a depuis longtemps cessé de s'incorporer à la chose est exproprié par le laboureur. Il en a été ainsi pour les droits de tous les concédants. Cf. E. Chénon. Les démembrements de la propriété foncière avant et après la Révolution 2^e Ed. 1923, pp. 30 et 31.

Inconvénients du système du double domaine: pérennité des charges de la terre; son affranchissement par la Révolution.

Le revers de tout ce système était que de même que la pérennité de la possession se trouvait assurée à l'exploitant, de même était assurée aussi la pérennité de toutes les charges que la terre avait assumées aux heures difficiles. Aucune ne mourait jamais et à chacune d'elles était attaché le titre ou la vertu du domaine. À travers les générations, la terre s'éndettait sans se libérer jamais. Il fallut le grand affranchissement de la Révolution pour faire disparaître cette abondance de droits réels et revenir à la simplicité du régime romain sous lequel nous vivons aujourd'hui.

Nous avons examiné, en une manière d'Introduction, la division des choses, puis la division des droits qui portent sur les choses, puis la division du domaine en direct et utile et l'histoire de reconstitution de l'unité du domaine à l'époque de la Révolution sur la tête du titulaire du domaine utile.

Nous pénétrons aujourd'hui dans l'étude de l'organisation des différents droits réels. J'ai signalé l'importance qu'avait chez nous la division des biens en meubles et immeubles telle que meubles et immeubles sont soumis à un régime différent de droits réels. C'est pour cela qu'il convient d'étudier successivement les droits réels sur les meubles, puis ceux sur les immeubles.

DROITS REELS SUR LES MEUBLES.

Identité à peu près complète (sauf pour le régime de la possession) dans la législation romaine entre l'organisation de la propriété et des droits réels mobiliers et immobiliers.

La législation mobilière romaine en vigueur au moment des Invasions était très peu différente de celle appliquée aux immeubles. Les droits réels sur les meubles sont la propriété (dominium) qui se transmet par le mode volontaire de la traditio, c'est-à-dire par le transfert matériel de la possession. C'est à peu près le seul mode volontaire de transfert pratique à cette époque; les autres plus anciens ont disparu. Comme mode d'acquisition sans transfert volontaire en dehors de l'occupation (chasse, pêche, etc., il faut signaler l'usucaption qui, pour les meubles, n'exige d'abord qu'une année de possession ou trois ans sous Justinien et la praescriptio longi temporis.

En dehors du dominium, les autres droits réels, dits droits incorporels, ne sont pas tout à fait les mêmes pour les meubles que pour les immeubles, puisque les immeubles comportent des servitudes foncières qui ne peuvent s'appliquer aux meubles. En dehors de là, pas de différence entre meubles et immeubles. On rencontre parmi ces droits l'usufruit, le gage, l'hypothèque et même peut-être les autres droits créés postérieurement, comme l'emphytéose.

Quant à la possession enfin, que les Romains détachent aussi du dominium, la possession mobilière qui suppose l'exercice matériel du droit de propriété sur la chose, existe et est, seulement au point de vue de sa sanction, différente de la possession immobilière.

Quant à la sanction du droit de propriété, elle consiste dans une action en revendication qui est fondée sur la prétention du demandeur à la propriété et qui a naturellement pour but la restitution matériel de la chose perdue à celui qui gagne le procès; ou, à défaut de restitution volontaire en nature, le remboursement de la valeur de la propriété, si le défendeur n'obéit pas à l'arbitrium judicis, car la revendication est une action arbitraire. Tout cela s'applique aussi bien à la revendication mobilière qu'à la revendication immobilière. Il n'y a dans la loi romaine aucune distinction entre les deux sur tous ces points.

Il n'en est pas tout à fait de même pour la sanction de la possession qui, pour les immeubles, consiste en matière d'interdits retinendas possessionis dans l'uti possidetis, tandis que pour les meubles,

c'est l'interdit utrubi où celui-là triomphe du demandeur ou du défendeur, qui a possédé le plus longtemps dans l'année antérieure.

Enfin, à tout ce bataillon de sanctions, s'en ajoutent d'autres au point de vue pénal: les actions pénales nées du furtum, de la rapina, du damnum injuria datum s'appliquent aux meubles, alors que les immeubles ont à leur disposition les deux dernières seulement.

Voilà à peu près dans son ensemble en raccourci le régime de la propriété à Rome et la différence est peu considérable entre les deux catégories de biens, meubles et immeubles.

Tout cela constituait un régime très cohérent, à mailles très serrées et dont le fonctionnement était assez aisé. Au moment de l'Invasion, rien ne nous indique que ce régime ait subi de graves modifications. Il ne donnait sans doute pas lieu à de graves discussions, puisque les compilations du temps (Bréviaire d'Alarie, Papien) rédigées pour la population romaine, ne s'y appesantissent pas. Il serait inexact d'en conclure que les institutions anciennes relatives à l'exercice ou à la sanction des droits réels, avaient disparu, mais seulement qu'elles ne soulevaient alors de difficultés particulières, ni dans leur doctrine, ni dans leur réglementation. Dans les textes impériaux de ces deux ouvrages on ne rencontre en effet presque rien quant à cette propriété mobilière. Le Liber Gai (abrégé des commentaires de Gaius qui n'est guère que la moitié de ceux-ci) contient seulement l'essentiel de la réglementation du furtum, dans son titre X et dernier. En fait, les pillages et désordres de cette époque, qui portaient atteinte surtout aux meubles ont probablement donné à la législation pénale une fréquence d'application qui attirait sur elle l'attention des juristes. C'est sans doute pour cela qu'on n'a guère conservé dans les textes législatifs que cette partie pénale de la législation.

Que nous disent en cette matière les législations barbares ?

Les législations barbares sont assez différentes par leurs tendances profondes de la législation romaine. Elles paraissent en effet en être encore à cette phase lointaine où l'unique préoccupation du législateur, celle qui seule lui dicte ses dispositions est une préoccupation de protection matérielle du propriétaire contre les actes délictueux. La prépondérance de la réglementation du furtum dans le Gaius pourrait faire croire à un état de choses analogue chez les Gallo-Romains, mais même si l'on croyait que la misère des temps eut engendré chez eux une aussi considérable régression, pourtant, il serait impossible

Persistance
de ce ré-
gime dans
les lois ro-
maines des
royaumes
barbares.

Le régime
de la pro-
priété mobi-
lière dans
les lois
barbares:
prédominan-
ce du souci
de la pro-
tection de
la proprié-
té mobilière

Source : BIU Cujas

vol.

de ne pas admettre que de nombreuses survivances doctrinaires peu apparentes maintenaient encore les Gallo-Romains à une condition juridique singulièrement supérieure à celle des Barbares. Signalons tout de suite que la protection contre la perte de la possession d'un meuble n'existe pas en droit barbare, quand cette perte n'a pas pour cause un délit. La protection contre le vol est abondamment et minutieusement réglementée, la protection contre la dépossession par perte ou par imprudence n'existe pas. Quant à l'organisation des modes d'acquérir la propriété mobilière, elle est si rudimentaire que nous en soupçonnons l'existence dans les usages barbares sans que dans les lois elle nous soit nulle part exposée. Aucune loi ne contient un embryon de systématisation sur ce point. Il est probable que le mode élémentaire et courant de transfert de la propriété mobilière, c'est la traditio matérielle de la chose. C'est par elle que s'opère la transmission de la propriété.

Pas de règlementation systématisée du transfert par traditio.

Parfois cette tradition ne paraît pas suffire à sauvegarder la propriété de celui qui l'a reçue et on éprouve le besoin de manifester aux yeux de tous la prétention de l'accipiens par l'apposition d'une marque, laquelle est la meilleure preuve de la propriété. (Cf. Loi Salique Tit. 33 § 2 Ed. M.G. in 8° ad Usum Scolarum, Behrend. 1897 Cd § 2 du Ch. 33 dit "si quis cervum signum habentem furaverit aut occiderit".

Il s'agit de l'homme qui se serait emparé, qui aurait volé ou tué un cerf domestique, il n'est possible de répression qu'autant que la propriété mobilière y apparaît aux yeux de tous, qu'autant qu'il y ait eu sur ce cerf une marque, signum. Les textes qui suivent celui-là y font allusion pour d'autres animaux.

J'ai bien peu à dire de ce procédé de transfert de la propriété mobilière puisqu'il se ramène à la traditio. Ce qui doit nous retenir davantage dans les législations barbares, et sur quoi il convient d'abord de s'édifier, c'est la protection rudimentaire du propriétaire contre la dépossession par soustraction frauduleuse. C'est de ce point que je dois vous entretenir surtout, parce que c'est sur elle que la Loi Salique a fait porter tout son effort et qu'elle nous fournit des renseignements abondants et pittoresques.

La Loi Salique est en effet et surtout une sorte de code pénal; le délit qu'elle réglemente avec le plus d'insistance est le vol (13 titres dont chacun porte sur une espèce particulière de vol; la nature et la peine du vol varient suivant la nature de l'objet volé

et les circonstances du délit). Ainsi on rencontre dans la loi Salique un titre distinct pour le vol de chaque animal différent: de furtis porcorum - de furtis - ovium - caprarum - canium - avium - apium, sur vol d'esclave, d'animaux de trait, etc.,.. Tout cela constitue un code pénal dont les dispositions sont beaucoup plus circonstanciées et touffues que celles de notre C.P.

Du vol commis par un ingénue ou avec effraction.

Demeurons un instant sur le Titre XI de cette loi "de furtis ingenuorum vel effracturis des vols commis par les ingénus et des vols avec effraction." Ed. Behrend p. 21 (Cf. Thonissen: organisation judiciaire, droit pénal et procédure pénale dans la loi Salique, Bruxelles, 1881 pp. 211 et sq.) On voit dans ce titre XI que le vol est puni différemment selon qu'il est accompli hors de la maison ou dans la maison; dans la maison on le prévoit accompli avec effraction, accompli hors de la maison, c'est d'ordinaire sur une bête qui va au patûrage. La peine est proportionnée à la valeur de la chose. Si la chose vaut deux deniers, la peine est de 600 deniers ou 15 sous d'or. Si elle vaut 40 deniers, la peine est de 1400 deniers ou 35 sous d'or, soit plus de 30 fois sa valeur. Cf. § Si quis ingenuus, de foris casa, quod valet duos dinarios furaverit, D.C. dinarios, qui faciunt solidos XV, culpabilis judicetur, et § 2 "si vero foris casa, furaverit, quod valent XL dinarios et ei fuerit adprobatum praeter capitale et dilaturam, MCCCC dinarios, qui faciunt solidos XXXV culpabilis judicetur. Le § 3 prévoit l'effraction. Si l'objet volé vaut 2 deniers, la peine est de 15 sous d'or. De sorte que si le vol est commis dans la maison, c'est-à-dire avec effraction, la peine n'est pas sensiblement différente de celle du vol sans effraction, parce qu'on n'avait sans doute par grand effort à faire pour renverser la petite barrière qui fermait ces maisons de bois. Si l'objet vaut plus de 5 deniers, elle arrive à 1400 deniers, c'est-à-dire 35 sous. Ce sont les mêmes chiffres que tout à l'heure.

On fait une catégorie à part à côté du vol hors de la maison et de l'effraction pour le vol par un homme qui a brisé ou contrefait la clef de la maison. § 5: "Si quis ingenuus clavem effregerit, aut adultaverit, et sic in domo ingressus fuerit, aut exinde aliiquid per furtum tulerit". Alors c'est de 45 sous qu'il sera puni.

Enfin le dernier cas, celui où l'homme n'a rien pris faute de temps, parce qu'il a été obligé de s'enfuir, est puni de 20 sous seulement.

On voit par là combien la loi salique a apporté de soin à la réglementation de ces délits. Voilà la peine; ce qui nous intéresse surtout c'est de suivre le procès lui-même, la manière dont on aboutit à l'application de la peine.

La loi Salique fait ici une distinction entre le cas où le voleur n'est pas pris sur le fait et celui où il est pris sur le fait ou saisi à un moment si rapproché du délit qu'on assimile le cas à celui du flagrant délit.

Quand le voleur est pris sur le fait, le propriétaire de l'objet en peut faire ce qu'il veut. Il peut le tuer.

Si le volé ne s'est pas aperçu du vol sur le moment même, mais s'il le constate alors que l'objet vient d'être volé, quelle procédure doit suivre le volé ? Ce qui se passe habituellement à cette époque c'est un vol de bestiaux. Le volé va essayer d'abord de retrouver son voleur et pour cela il commence à appeler ses voisins. Dans cette société où la solidarité est indispensable, les voisins sont obligés de répondre à son appel sous peine d'amende (*Decretio de Clotaire II Ch. 17. Capitulaires de Boretius M.G. historica*). En dehors de la petite édition in 8° à laquelle appartient la Loi Salique, il existe deux autres formats de cette publication: le format in 1° plus ancien et un format in 4° dans lequel on a édité beaucoup des œuvres qui se trouvent dans le format in f°. *Boretius Ed. in 4°. I. 7.*). A la suite de cette alerte, les voisins réunis, on organise une troupe et on se met en campagne. C'est une trustis, c'est elle qui prend en main la poursuite sous la direction du chef du village, centenarius. Le propriétaire prend part à la recherche. Un signe guide d'ordinaire beaucoup ceux qui font cette recherche: les bestiaux emmenés ont laissé des traces de pas que le propriétaire s'efforce de retrouver sur le sol; on suit les pas de proche en proche: "vestigia minare" regarder les pas (*Loi Salique T. 37 de vestigio minando Ed. Behrend p. 66: si quis bowem aut caballa vel quilibet animal per furtum perdiderit, et eum dum per vestigio sequitur consecutus invenerit ut in tres noctes, ille qui eum ducit emisse aut cambiassse dixerit.*

Il suit donc la trace et il arrive un moment où cette trace s'arrête devant une étable où sans doute la bête a été menée. On entre alors dans l'étable pour faire une perquisition. On est tombé juste et on trouve l'animal. Alors le propriétaire reconnaît sa bête, l'identifie et c'est ici qu'apparaît

La procédure
en cas de vol.

Vol flagrant.

Vol de bestiaux, poursuite du vol dans les 3 jours: la menée de traces, l'agranitio; assimilation à un vol flagrant.

l'utilité des marques; en face de cette bête et en reconnaissant ses marques, le propriétaire déclare devant témoins que la chose est à lui et comme les voisins qui l'entourent connaissent la composition de l'étable, le volé reprend sa chose. Loi Ripuaire M.G. Ed. Schm 1883. T. 47 § I. "Si quis animal suum, per vestigium sequerit et usque tertio die in domo cujuslibet, vel in quolibet loco, eum invenerit, liceat ei absque intertia revocare", il lui est permis de reprendre sa chose, sans avoir recours à l'intertia. Le voleur sera probablement entraîné et conduit en justice. Parfois il contestera: on lui présentera six témoins qui affirmeront les dires du propriétaire et le voleur ainsi confondu sera condamné sans pouvoir se défendre. Le cas peut paraître singulier, mais il n'est pas sans exemple dans les législations primitives. Cf. Loi Ripuaire Ch. 4I. 1 et 2 qui suppose qu'on a lié le voleur "Si quis ingenuus ingenuum ligaverit, et ejus culpam cum sex testibus in haraho non adprobaret, XXX solidis culpabilis judicetur - § 2. Si quis a contubernio probabiliter legatus super res alienas fuerit, eum ad excusationem non permittimus".

"Si le volé ne peut faire sa preuve avec ses six témoins, il est condamné à une amende envers le prétendu voleur. Mais si quelqu'un a été ligoté par cette trustis, après qu'il a été prouvé qu'il était sur les choses ne lui appartenant pas, nous ne permettons pas qu'il essaie de se défendre." C'est donc une procédure sommaire. Elle a persisté longtemps en pays franc et longtemps après la Loi Salique: on la retrouve jusqu'au XI^e siècle où une petite anecdote racontée par Raoul Glaber la fait en quelque sorte toucher du doigt. (L. III N° 6, Ed. Picard dans Collection des textes pour servir à l'enseignement de l'Histoire du Droit p. 76). Le volé non seulement saisira le voleur, mais il ne doit pas le relâcher et cette obligation est encore mentionnée par la Loi Ripuaire, tit. 73. § I: "Si quis ingenuus Riparius furonem ligaverit, et eum absque judicio principis salvere praesumpserit, LX solidos culpabilis judicetur.

"Si un ripuaire a ligoté un voleur et s'est permis de le délier en l'absence du juge, il sera condamné à 60 sous d'or".

Cette menée de traces et toutes les cérémonies qui l'accompagnent, ainsi que la perquisition qui la suit doivent être faites dans les trois jours du délit. C'est dans les trois jours qu'on traite le voleur comme s'il y avait eu flagrant délit.

Abandonnons un peu ce côté pénal de la question pour revenir à notre question de propriété. Le vo-

priété par le détenteur. Agramitio tertia manu du volé.

l'é reprend sa chose dans l'hypothèse qui nous occupe sans que personne puisse l'en empêcher. S'il n'y a aucune contestation, cela va tout seul; mais si le détenteur, accusé de vol, alléguait que cet objet il l'a chez lui parce qu'il l'a acheté et qu'il en est le propriétaire, même alors on ne l'écouterait pas parce qu'il n'est pas autorisé à le prouver. C'est la peine du flagrant délit; cet homme aurait dû sans attendre la menée de traces et la perquisition faire savoir qu'il avait acheté ce bétail et il aurait dû savoir que ce bétail n'appartenait pas à son vendeur. Mais pour obtenir ce résultat le volé doit prêter serment et déclarer que l'objet est à lui et ce serment, la Loi Salique dit même qu'il doit être confirmé par deux de ses amis. C'est ce qu'il faut entendre par quelques termes du Ch. 37 de la Loi Salique de vestigio minando. On y voit que "ille qui per vestigium res suas per tertia manu debet agramire". "Agramire" si nifie "prêter serment", tertia manu par trois personnes dont le propriétaire constitue une tête. Il lui suffit que deux amis s'ajoutent à lui. Ce terme "agramire" on a mis longtemps à le comprendre. Il signifie promettre par un des procédés alors admis, per festuca, ou par la fides. L'agramitio se retrouve dans bien d'autres circonstances en dehors du vol. On la trouve dans le Formulaire de Sens (M.G. in 4° Zeumer. Formulae recentiores. F. II Zeumer p. 212). On trouve ici une agramitio qui s'applique à toute autre chose: "de patre franco et de matre franca fuisset natus. Unde tale sacramento per suam festucam visus fuit adchramire...." C'est un homme qui veut établir, par exemple en vue d'engager un procès ou de défendre à une accusation, qu'il est franc, né de père et mère francs, et qu'on doit lui appliquer la Loi franque. Il doit appuyer son affirmation sur un sacramentum et le rédacteur emploie dans ce sens "agramire", promettre par serment. Ceci est confirmé par la Loi Salique Ch. 37, 2^e partie, p. 67 où il est question de "agramire" pour le cas où le voleur prétendrait avoir acheté.

Vol non poursuivi dans les 3 jours; possibilité pour l'inculpé de se défendre par une agramitio avec 2 témoins.

Voilà le cas où la recherche fructueuse a été faite dans les trois jours. Si le volé n'a pas eu assez soin de sa propriété, qu'il ne se soit pas aperçu dans les trois jours du vol commis à son endroit, la procédure prend une autre allure et l'accusé sera admis à présenter sa défense. Le volé constatera l'identité de la chose qu'il a retrouvée et de la sienne propre et il la proclamera. (Loi Sal. Ch. 37, 2^e partie, p. 67). Peut-être bien exigerait-on pour tenir compte de cette proclamation que la chose ait été marquée. (Loi Ripuaire Ed. Sokm. p. 100 T. 72 § 9, où

il est encore question de ce signum dans le cas qui nous occupe).

Quand il y a plus de trois jours, le voleur peut se défendre en faisant une agramitio, c'est-à-dire une promesse avec serment qu'il accomplira avec deux témoins. La procédure prend alors un tout autre tour parce que la démonstration du vol est beaucoup moins certaine, si bien que l'objet volé sera remis à un tiers (procédure de l'entiercement, Loi Salique Ch. 47 de filtortis Ed. Behrend p. 98). L'objet qui sera ainsi mis sous séquestre sera sans doute entouré d'un filtort, noué qui jouera dans l'espèce le rôle de scellé. Cf. également lex emendata salica de Charlemagne. Ce filtort de la Lex emendata est désigné: "qualiter homo furatas res intertiare debeat", c'est la manière dont l'on doit mettre sous séquestre les choses qui ont été volées. Le tiers choisi pourra même être parfois le défendeur (il mettra la main sur l'objet) et le procès alors va s'engager d'une façon qui nous rapproche beaucoup du point qui nous occupe, un peu de la façon dont s'engageait la reivindicatio dans la procédure du sacramentum. Ainsi la Loi Ripuaire L. 33 p. 63 montre que cette procédure commence par une mainmise sur la chose opérée simultanément par chacun des deux adversaires et qui provoquera comme dans la revendication romaine des serments contraires. "Si quis rem suam cognoverit, mittat manum super eam; et sic ille super quem intertiatur, tertiam manum quaerat. Tunc, in praesentia, ambo conjurare debent; et cum dextera armata, et cum sinistra, ipsam rem teneant." Cette opération faite, la procédure engagée, on se donnera rendez-vous au bout de 40 jours en présence de la chose pour plaider le procès.

C'est ce procès qu'il nous faut maintenant examiner.

Si la poursuite a eu lieu dans les trois jours du vol, la personne chez qui on a trouvé la chose ne peut se défendre; si elle n'a lieu qu'après les trois jours expirés, elle peut se défendre.

Comment va-t-elle présenter cette défense ?

La Loi Salique suppose d'abord qu'elle se défend sans nier la propriété du demandeur, mais en déclarant qu'elle n'a pas commis le délit dont on l'accuse: elle a acheté l'objet à quelqu'un qu'elle ne peut retrouver. Si elle démontre cet achat, elle sera absoute en tant que voleur, mais devra rendre la chose. C'est ce qui résulte non de la Loi Salique, mais de la Loi Ripuaire, Ch. 34 § 4 p. 64: "Quod si in ipsa hora, quando res intertiatur, responderet quod fordronem suum nesciat, tunc in praesente sacramento sibi septi-

Entiercement de la chose.

Liaison d'un procès analogue à la reivindicatio.

Différents partis que peut prendre le défendeur.
Le défendeur reconnaît la propriété du demandeur mais nie le vol.

ma manu, fidem faciat et super 14 noctes eum jurare studiat, quod ad auctorem vel casa seu postim januae auctoris suae nesciat et ipsam rem sine damno reddat. Lorsque la chose a été retrouvée, qu'elle ne sait pas qui lui a fourni la chose après avoir affirmé sous serment avec sept cojureurs, qu'elle ne sait pas où habite son auteur et quelle est sa maison, elle rendra la chose sans subir l'amende. On peut étendre cette solution à l'hypothèse de la Loi Salique.

Le défendeur nie la propriété du demandeur et allègue qu'il a lui-même acheté ou échangé la chose.

Le défendeur peut recourir à un procédé plus absolu et nier la propriété même du demandeur et s'exonérer ainsi de l'accusation de vol. Pour nier la propriété du demandeur il peut alléguer qu'il a acheté ou échangé la chose et qu'il en est ainsi devenu propriétaire. Loi Salique Ch. 37: après les trois nuits passées, celui chez qui la chose est trouvée allègue qu'il l'a achetée ou échangée et en ce cas on lui permet de faire agramitio, Ch. 37 p. 67. Si vero jam tribus noctibus exactibus, qui res suas requiret eas invenerit, ille apud quem inveniuntur sic eas emisse aut cambiasse dixerit, ipse liceat agramire. Encore faut-il qu'il démontre son achat. Pour cela il appelle son auteur en garantie, Ch. 47 de filtortis: il assigne donc son auteur en garantie:in noctes quadraginta placitum faciant. Et inter ipso placito, qui interfuerit qui caballo ipso aut vendiderit aut cambiaverit, aut fortasse in solutionem dederit, omnes intro placo isto communiantur, hoc est ut unusquisque de cum negociatoribus alter alterum admoneat... "Il assigne son auteur au bout d'un délai de 40 jours. Si l'assignation est sans effet on la renouvelera en prenant du fait six témoins dont trois affirmeront que l'auteur a été sommé de venir au mallum et trois autres qu'on lui a publiquement dit la cause. Après ces trois assignations, plusieurs solutions peuvent se présenter.

Ou bien l'auteur ne vient pas: on le soupçonnera alors d'être le voleur; le défendeur sera renvoyé de la poursuite et l'auteur sera condamné à l'amende et devra rendre à son acheteur le prix qui lui avait été payé. T. 47 p. 100.

Il se peut au contraire que l'auteur prétendu comparaîsse en justice, nie la vente et refuse de garantir celui qui se prétend son acheteur. Après ce témoignage, confirmé par serment, le défendeur se trouve seul en face de son demandeur. C'est bien lui qui reste le voleur; il devra payer le capital, les intérêts de retard et l'amende du vol. Cette liquidation pécuniaire totale se trouve dans la Loi Ripuaire au Ch. 33 § 3 p. 64: quod si auctor suus venerit, et rem intertiatam recipere renuerit, tunc illi super

quem inter iata est capitale et dilaturam atque texaga
(compositionem) solvere studeat.

Enfin, 3ème hypothèse: l'auteur reconnaît la vente. Le défendeur primitif est renvoyé de la plainte et le procès en poursuite de vol retombera sur l'auteur qui devra payer le règlement que je vous indiquerai plus bas. Toutefois, il peut à son tour démontrer que lui-même tenait la chose d'un autre dont il l'a achetée et demander un délai pour mettre en cause son propre auteur.

Ainsi se règle le cas où le défendeur prétend avoir acheté la chose. Il se peut aussi qu'il la tienne d'une autre cause légitime: il a reçu ce bien en succession de ses parents. Il l'a trouvé chez ceux-ci; on ne peut donc l'accuser de vol et sur ce point un Capitulaire ajoute à la Loi Salique Cap. II n° 1: "Si quis super alterum de rebus in alode patris inventas.....quelqu'un a fait intertiation sur des choses que le défendeur a trouvées dans l'alleu de ses parents. Il doit amener trois témoins qui affirment qu'il les a trouvées dans la succession de son père et même trois autres pour prouver que le père lui-même les possédait déjà. S'il a fait tout cela, il pourra garder la chose qui avait été entiercée. Il sera comme dit le texte "de damno causae liberatus".

Reste enfin un dernier cas possible: il s'agit souvent dans l'espèce d'animaux. Il se peut que l'animal n'ait été ni acheté ni reçu en succession, sans cependant avoir été volé: c'est une bête née dans le troupeau du possesseur actuel; le possesseur allègue une cause d'acquisition originale: il était propriétaire de la mère. Ce point n'est pas réglé par la Loi Salique mais on s'accorde à penser qu'on doit étendre le Capitulaire de la Loi Salique à cette hypothèse car elle a ceci de commun avec celle de la succession que dans les deux cas la cause d'acquisition est légitime (Cf. Jobbé-Duval Etude historique sur la revendication des meubles 1881 N.R.H.D. tirage à part pp. 38-68).

Reste à ajouter trois remarques sur les-
quelles je voudrais appeler votre attention. 1° - Il peut arriver que le meuble en cause ait été perdu et trouvé par le défendeur sans que celui-ci l'ait volé. Il a cependant été saisi par la perquisition que nous connaissons dans la demeure de celui qui l'avait trouvé. Celui qui trouve un objet doit le dire et porter l'objet au chef qui tâchera d'en retrouver le propriétaire. S'il garde subrepticement la chose, il est assimilé à un voleur et on peut intenter contre lui la poursuite de vol, à laquelle il ne peut se soustraire.

Le défendeur prétend être propriétaire en dehors d'un contrat de vente.

Meuble perdu:
Obligation de celui qui le trouve de le faire savoir à peine d'être traité comme voleur.

qu'en démontrant qu'il a fait son possible pour trouver le propriétaire (il a porté la chose à trois marchés successifs, à l'étable du roi:) Loi Ripuaire Tit. 75 ch. 1: si quis caballum, aut hominem, vel quamlibet rem in via propriserit, aut eum secutus fuerit, per tres marcas ipsum ostendat, et sic pastea ad regis stafflum. Sin autem aliter egerit, fur judicandus est. Si quelqu'un a trouvé un cheval, un esclave ou quelque chose sur le chemin ou que l'animal l'ait suivi, il devra le montrer à trois marchés et il devra aussi le conduire à l'étable du roi. S'il agit contrairement à cela il faut le considérer comme un voleur et ce qu'on fait au voleur devra lui être appliqué.

2° - Quels sont les objets soumis à toute la procédure que nous venons d'examiner ?

Ce sont des meubles. Dans les textes, il n'est jamais question que de deux grandes catégories d'objets: caballum (animal de culture) hominem (esclave). Ce sont les deux catégories d'objets les plus répandus dans les textes. Il a dû y en avoir d'autres "vel qualibet rem"; faut-il considérer que la catégorie des meubles tout entière y est contenue ? On pourrait le croire étant donné la généralité de la formule ou au contraire être entraîné vers l'opinion inverse par l'énumération de certains textes qui portent toujours sur les mêmes objets.

Peut-être tous les meubles ne sont-ils pas susceptibles de cette poursuite. Certains, en effet, sont privés de toute protection parce que leur identification est trop incertaine, Loi Ripuaire tit. 72 § 9 Ed. Sohm p. 100 "Vestimentum autem, seu his similia, absque probabile signum intertiare prohibemus". On interdit l'intertiatio lorsqu'il s'agit d'un vêtement ou de quelque objet semblable, quand il n'est pas approprié par une marque. On ne soumet donc à cette procédure que les objets marqués parmi ceux qui sont très communs et qui peuvent appartenir indifféremment à l'un comme à l'autre, comme des vêtements.

3° - Il importe de se bien rendre compte de la portée technique de nos constatations et de la différence fondamentale entre ce système et le système romain.

Toute procédure en reprise d'un objet mobilier se poursuit toujours contre un préteud voleur. Si l'auteur du possesseur est parfois substitué dans la poursuite au possesseur lui-même, c'est que l'évènement démontre que c'est lui l'auteur qui est le voleur. Si on le poursuit, c'est que l'accusation de vol se trouve transportée sur sa tête. L'action suivie ici est avant tout une action pénale fondée sur le

Objets aux-
quels est
appliquée
la procé-
dure de
l'interti-
atio.

Différences
avec le droit
romain.

Le droit romain à côté de l'actio furti connaît l'action en revendication.

délit reproché au défendeur.

En droit romain il y a bien aussi une actio furti. Mais ce qui caractérise la technique romaine quant à la protection de la propriété même mobilière, c'est que le droit romain connaît, à côté de l'actio furti, une action réelle, action en revendication qui ne suppose pas du tout un vol ni aucun délit commis à l'encontre du demandeur, mais qui suppose seulement ce simple fait établi qu'une personne qui est ou se prétend propriétaire n'est pas en possession de sa chose et réclame la restitution de la chose à toute autre personne en se fondant seulement sur son titre de propriétaire et sans qu'il ait à s'expliquer sur la manière dont la possession lui a échappé ou est venue entre les mains du défendeur.

Une législation qui accorde ainsi une action en justice à une personne sur le simple fondement que j'indique manifeste un désir bien plus aigu de protéger la propriété que celle qui exige pour protéger le propriétaire que la dépossession soit le résultat d'un délit. La protection de la législation romaine s'étend à des cas où on ne découvre aucun délit punissable à l'origine de la perte ou de la prise de possession. Ainsi le propriétaire s'est démunie volontairement de la possession de sa chose; il l'a prêtée, mise en dépôt ou en gage. La possession de l'emprunteur, du dépositaire, du créancier gagiste n'a aucune source délictuelle, elle repose sur une remise volontaire faite par le propriétaire. On ne peut songer à mettre en mouvement une action délictuelle. Comment le propriétaire va-t-il pouvoir recouvrer sa chose? Il pourra l'obtenir de son emprunteur dépositaire ou créancier gagiste en alléguant le contrat intervenu entre lui et celui à qui il a livré la possession, contrat qui a été la cause de la remise de la possession, contrat qui a engendré au profit du propriétaire contractant une action en restitution contractuelle, dont le propriétaire aura tout loisir d'user pour recouvrer sa chose. Mais c'est là une action personnelle, une action par conséquent dont le propriétaire ne pourra se servir que vis-à-vis de ceux avec qui il a contracté, emprunteur dépositaire, débiteur gagiste. Cette action lui suffira tant que l'emprunteur, gagiste, dépositaire, aura conservé par devers lui la possession de la chose que le propriétaire pourra retrouver dans la fortune de son contractant. Mais si le dépositaire, si l'emprunteur, si le gagiste a aliéné la chose au profit d'un acquéreur, l'action personnelle du propriétaire pour recouvrer sa chose quand il l'exercera contre son contractant va tomber dans le vide puisque

A l'encontre de la législation romaine la loi barbare ne protège pas le propriétaire contre les aliénations du gagiste ou du dépositaire.

celui-ci n'a plus la chose; si cet emprunteur, ce gâgiste est insolvable, le propriétaire ne pourra rentrer ni dans le corpus matériel de sa chose ni dans sa valeur. Pour protéger le propriétaire contre ce risque, on a songé à l'autoriser à poursuivre l'acquéreur même du dépositaire. La difficulté, c'est qu'il n'existe entre eux aucun contrat, donc aucune action personnelle. Il n'y a donc que cette ressource de donner à ce propriétaire une action réelle contre l'acquéreur. On aurait pu aussi songer à un autre procédé: on aurait pu estimer que cet homme qui a reçu la chose en dépôt et qui l'aliène commet une fort mauvaise action qui le rapproche d'un voleur puisqu'il retire de son action le même bénéfice que du vol. On pourrait songer à incriminer cet acte et à donner au propriétaire qui ne retrouverait pas la chose aux mains de son dépositaire une action pénale contre celui-ci. Ce serait une satisfaction, puisque le propriétaire pourrait se payer sur tous les biens de son emprunteur, de son dépositaire ou de son créancier gagiste. Mais ce moyen ne vaut pas une action réelle: l'emprunteur qui aliène la chose qu'on lui a prêtée est souvent un insolvable, et le propriétaire ne trouvera rien dans le patrimoine de son débiteur, il n'aura qu'une action dénuée de toute efficacité. C'est pourquoi la législation romaine, pour protéger plus efficacement le propriétaire, préfère lui donner une action réelle contre le détenteur.

Dans la solution romaine la perte retombe non sur le propriétaire, mais sur l'acquéreur de la chose puisque celui-ci va être dépossédé de la chose et que son recours contre son vendeur n'aura aucune efficacité. C'était à lui à prendre garde, à s'assurer que celui qui lui vendait était en mesure de lui donner sécurité.

La législation barbare, en principe, ne contient qu'une action de vol. Elle ne suppose même pas une action pénale contre le préteur ou le gagiste qui ont vendu la chose qui leur avait été confiée.

Mais la législation barbare n'aurait-elle pas, comme le fit la législation romaine, après avoir organisé une action pénale, donné elle aussi une action réelle contre l'acquéreur de l'emprunteur? La question est très difficile à trancher avec certitude. L'opinion la plus répandue et à beaucoup près la plus raisonnable est exposée par M. Jobbé Duval: les lois barbares n'ont pas connu autre chose que l'action pénale que nous avons étudiée.

Sans discuter profondément cette question,

Les lois barbares n'ont pas connu d'autres actions que l'action pénale.

indiquons les principaux éléments de la discussion et disons même, si on accepte cette opinion, les raisons de douter qui persistent pourtant.

Cette opinion qui dénie la revendication se fonde d'abord sur la diffusion dans tout le monde barbare et coutumier de la fameuse maxime: "Meubles n'ont pas de suite (par hypothèque)". Cela veut dire que, dans ces pays, la possession d'un meuble une fois perdue ne peut pas être suivie entre les mains d'une autre personne, ni être recouvrée si on se borne à alléguer son droit de propriété. Le droit de propriété mobilière n'a pas dans ces pays une force suffisante pour cela.

Cette maxime qu'on rencontre chez les peuples barbares, non seulement de la Gaule mais de la Germanie, ne peut venir du droit romain, qui consacre une solution tout à fait inverse. Il faut bien qu'elle ait une origine germanique.

En outre, si on parcourt la loi Salique ou la loi Ripuaire, on ne constate en réalité que la mention de trois actions: 1° - action de vol subdivisée en deux branches suivant le moment où elle se fait; - 2° - l'action de fides facta; - 3° - l'action de res prestita. La seconde accordée à raison d'une promesse jurée, fides, l'autre étant une action accordée à la raison de la chose prêtée. Ces deux dernières actions sont des actions contractuelles, la première étant une action pénale. Parmi ces trois actions aucune ne peut être comparée à la revendication romaine et aucune n'a le caractère réel.

Cette thèse a été soutenue d'une façon très puissante par M. Jobbé Duval et adoptée par Champeaux (*la Vestitura*, 1898, pp. 287 et ssq.)

Cette thèse paraît le plus probable. Cependant il convient d'ajouter à la règle quelques nuances que peut suggérer l'examen des textes barbares.

D'abord certaines lois germaniques sont plus complexes que les lois franques au point de vue auquel nous nous plaçons. En voici deux: la loi des Wisigoths et celle des Burgondes. La loi des Wisigoths contient dans un sens un peu divergent deux dispositions, l'une dite Loi de Receswinth L.V Tit. 4 n° 8 Ed. des M.G. in 8° - Zeumer 1894, p. 152 : "de ceux qui ont osé vendre ou donné la chose qui ne leur appartient pas". Le souci de la loi des Wisigoths est surtout au cas où quelqu'un aurait vendu la chose d'autrui qu'aucun dommage ne puisse atteindre l'acheteur probablement parce que, à cette époque, il est difficile de discerner si le vendeur est ou non propriétaire. Souvent BIU-Cujas la vente a eu lieu et si le vendeur n'était pas

Arguments
en faveur
de cette
thèse.

Atténuations
que compor-
te cette
théorie;
Moyens
enseignés
par certai-
nes lois pour
venir au se-
cours du pro-
priétaire
dépouillé.
Système de la
loi de

goths: donnant un caractère délictuel à la vente du meuble par le dépositaire, l'emprunteur ou le gagiste.

propriétaire, le vendeur devra rendre à l'acheteur le prix et donner au vrai propriétaire, dominus, le double de la chose."Quotiens de vendita vel donata re contentio commovetur, id est, si alienam fortasse rem vendere vel donare quemcumque constiterit, nullum emptori prejudicium fieri poterit. Sed ille qui alienam rem donare vel vendere presumpsit duplam rei domino cogatur exsolvere:emptori tamen quod accepit pretium redditurus..." Ce texte est en vérité assez obscur et révèle beaucoup d'incertitude quant au fondement du système wisigothique; car si le vendeur doit restituer le prix à l'acheteur, c'est probablement parce que l'acheteur perd la chose, qui retourne au propriétaire. Celui-ci l'a sans doute réclamée et on croirait à l'exercice probable d'une revendication par le propriétaire. Mais d'autre part, si le propriétaire a droit, de la part du vendeur, au paiement du double du prix, c'est probablement afin de le dédommager, de ne pas reprendre le corpus de la chose. Autrement ce n'est pas le double dont il bénéficierait, mais le triple. Il n'y a guère qu'une chose qui soit à proprement parler certaine, c'est que la loi wisigothique accepte le système qui pénalise l'aliénation de la chose d'autrui, sans qu'on puisse affirmer à quoi s'arrête la loi Wisigethique en ce qui touche à l'octroi ou au refus de la rei vindicatio au propriétaire. On pourrait penser que cette incertitude résulte du conflit entre le système barbare à base pénale et le système de la rei vindicatio romaine civile. Chacun des deux systèmes aurait déposé là son trait caractéristique sans qu'en ait pu arriver à une transaction harmonieuse. Quoi qu'il en soit, les prescriptions de la loi wisigothique remontent bien plus haut que Receswinth, puisque cette loi la range parmi les textes de l'antiqua (Léovigilde) et que la rédaction d'Eurie (Palimpseste de Bluhme) est déjà presque semblable à toutes celles qui l'ont suivie (édit. Zeumer M.G.H. in 8° n° CCLXXXIX.). Dès cette époque, c'est-à-dire depuis le V^e siècle, le système des Wisigoths paraît fixé: Eurie, n° 289, donne à peu près textuellement le passage de la loi de Receswinth. Telle est donc la conception ancienne de la loi Wisigothique.

Système de la loi des Burgondes permettant au propriétaire dépossédé la saisie privée
Source: BNU Cujas

La loi des Burgondes (M.G. in-4° Ch.83 n° 1 et 2 p. 106) ne consacre pas tout à fait le même système: un homme reconnaît quelque part un esclave ou une chose lui appartenant, il n'a qu'une chose à faire: il va trouver celui chez qui se trouve la chose et lui dit qu'il va lui demander un fidejusseur capable qui promettra de lui rembourser le prix de la

du meuble entre les mains du possesseur.

chose. Si le détenteur refuse de fournir ce fidejusseur, il se fera justice à lui-même et s'emparera de la chose, ce qui ne présente pas grand danger puisque la chose est sans doute marquée. LXXXIII. De his qui apud alios res suas agnoscunt.

I. Quicunque res aut mancipium aut quodlibet suum agnoscit, a possidente aut fidejussorem idoneum accipiat, aut, si fidejussorem petitum non acceperit, res quas agnoscit, praesumendi habeat potestatem. Les Burgondes donnent donc au propriétaire qui trouve sa chose chez un autre, volée ou non, faculté de faire mainmise sur la chose: ce n'est pas une action réelle, mais c'en est l'équivalent chez une population où la lutte judiciaire n'est pas toujours substituée à la justice privée. Pour le propriétaire il obtient le même résultat que par une revendication.

On a allégué que ces deux textes n'avaient pas grande valeur puisqu'ils étaient tirés de lois très romanisées qui ne respectent pas aussi fidèlement que les Lois Salique ou Ripuaire le système germanique. L'objection est troublante, parce que la Loi Wisigothique et la Loi Burgonde sont en effet des plus romanisées. Mais il est peu vraisemblable que Wisigoths ou Burgondes aient emprunté toute leur réglementation au système romain puisque celui-ci en a une différente: la loi romaine accorde une revendication alors que la loi wisigothique n'en accorde ouvertement aucune et considère comme délictuel le fait de vendre la chose d'autrui. La Loi Burgonde ne parle pas non plus à proprement parler de revendication, mais d'une simple saisie privée, mainmise qui est essentiellement de pratique barbare.

L'objection n'a donc pas grande portée.

Cette Loi des Burgondes correspond à quelque chose de tout à fait primitif que notre imagination reconstitue bien. N'est-il pas invraisemblable de prétendre qu'en fait un barbare qui aperçoit sa chose chez autrui va consentir à ne pas la reprendre, va consentir à en perdre le corpus et la valeur sous prétexte que ce n'est pas par le vol qu'il l'a perdu ? Les propriétaires barbares avaient en eux quelque chose de trop impulsif pour ne pas s'abandonner ici à la vengeance privée et il serait étonnant que la législation barbare qui l'autorise ne nous ait pas conservé la solution venue du tréfonds le plus lointain de cette population.

Tout en acceptant l'opinion défendue par Jobbé-Duval, c'est-à-dire l'opinion négative, d'après laquelle il est vraisemblable qu'il n'y a

pas eu d'action en revendication mobilière dans la législation de l'époque franque, il faut pourtant reconnaître que certaines de ces lois avaient voulu venir au secours du propriétaire dépouillé, soit comme la Loi wisigothique en qualifiant de délictuelle la vente des meubles par l'emprunteur, le gagiste, le dépositaire; soit en permettant au propriétaire dépossédé de recourir à la saisie privée, la reprise directe du meuble entre les mains du possesseur.

Mesures de la Loi Salique et de la Loi Ripuaire susceptibles d'être rapprochées de la revendication mobilière.

Reste, dans le même ordre d'idées, à signaler quelques mesures des Lois Ripuaire et Salique qui pourraient s'interpréter dans le même sens. La Loi Ripuaire, Ch. 72 Ed. Sohm p. 98, s'occupe d'un esclave qui a été entiercé; puis l'esclave, une fois l'intertiatio accomplie, est mort avant le plaid; après sa mort, il a été enseveli. Des témoins affirment que la mort a été fortuite et l'ensevelissement a eu lieu. Le procès se poursuit comme d'ordinaire contre le possesseur de l'esclave, puis contre le vendeur du possesseur de main en main, ceux qui avaient successivement acheté l'esclave fournissant un garant jusqu'à ce qu'on parvienne enfin à celui qui n'a plus de garant. Or, en parlant de celui qui veut citer son garant, la loi dit qu'on reculera de garant en garant jusqu'à ce qu'on en vienne à celui qui a volé l'esclave ou à celui qui l'a vendu d'une manière illégale. "Qui eum inlicito ordine vendidit vel furaverit". Ce qui ne peut viser, en dehors du voleur, que celui que nous avons déjà rencontré: le dépositaire, le gagiste ou l'emprunteur. La Loi Ripuaire prévoit donc vraisemblablement une organisation analogue à celle de la Loi Wisigothique, qui élève au rang de délit le fait d'avoir vendu un meuble, quand on n'en était pas propriétaire.

L'autre cas se trouve dans la Loi Salique. Elle traite de notre matière aux Titres 37 et 47. Sans y revenir, attirons l'attention sur ce fait que ce ne sont pas exactement dans les deux titres les mêmes expressions qu'on emploie, bien que le cas soit semblable. Au titre 37, il est question d'un furtum "si qui bovem aut caballo vel qualibet animal per furtum". C'est du furtum qualifié, du vol, qu'il est question et de lui seul. Le titre 47, au contraire, qui a été écrit pour la procédure à suivre après les trois jours, est beaucoup plus vague. Il ne parle pas de furtum, mais il suppose que le propriétaire a reconnu sa chose entre les mains d'un autre, sans spécifier qu'il s'agit d'une chose volée, ce qui comprend certainement le vol, puisque dans le texte in fine, il est question de latrocinium, mais ce qui peut compren-

dre aussi la simple dépossession volontaire, comme dans la Loi Wisigothique et dans la Lci Ripuaire.

Si donc la revendication mobilière n'a pas été organisée dans le monde barbare, on y trouve tout de même un effort pour venir au secours du propriétaire dépouillé, non seulement au cas où il a été volé, mais au cas où toute action contractuelle viendrait à lui faire défaut.

Voilà le complément qu'il est peut être sage d'apporter à l'opinion générale que nous admettons. En tous cas l'hypothèse normale dans le droit barbare, en écartant toutes ces complications, c'est le cas de l'action pénale, c'est la protection pénale qui est surtout accordée alors au propriétaire.

Si on passe aux textes carolingiens, on peut constater que ces textes n'ajoutent rien à nos connaissances sur ce point. La réglementation a dû subsister telle quelle pendant toute cette période.

Mais finie la période carolingienne, il est à croire que les grands désordres des IX^e et X^e siècles ont contribué à fortifier la conception pénale germanique plus primitive, plus rudimentaire et à faire oublier davantage les anciennes règles romaines de la revendication, plus déliées et qui avaient quelque peine à survivre à la décadence de la culture juridique.

Toujours est-il qu'à l'époque féodale, c'est de la seule répression du vol qu'on trouve trace. La condition nécessaire à l'octroi de l'action en reprise que nous avons dégagée s'est plutôt affermie. Toutefois s'il est vrai qu'à partir du X^e siècle c'est surtout de la répression du vol qu'il est question, le vol alors se présente avec un double caractère, différent de celui que l'on trouve dans les lois barbares.

La peine du vol fréquemment répétée dans la Loi Salique, sauf au cas rare de flagrant délit, était une peine pécuniaire (L.S. T. XI pp. 2I de furtis ingenuorum vel infracturis.) La peine ici est détaillée pour chaque vol, mais elle est toujours pécuniaire.

Un trait qui caractérise au contraire le vol aux XII^e et XIII^e siècles, c'est que la peine s'est beaucoup aggravée et est devenue une peine capitale. Cf. Etablissements de Saint Louis, Liv. I, Ch.V Tome II, p. 14: "ce sont li cas de haute joustise de baronie: En cette manière ira l'euy avent es quereles

Disparition
des tradi-
tions ro-
maines après
la période
carolingien-
ne. La ré-
pression
du vol à
l'époque féo-
dale.

Aggravation
de la peine
du vol aux
XII^e et
XIII^e siè-
cles.

de traison, de rat, d'arson, de larrecin, et de tous crimes où il ait peril de perdre vie ou membre, là ou en faisait la bataille."

On range dans cette catégorie tous les délits, tous les crimes qui entraînent péril de perdre vie ou membre et qui relèvent de la procédure de bataille, du duel judiciaire. Parmi ces délits, les plus graves, on ne manque pas de compter à côté de la trahison, rapt, incendie, le larcin terme technique qui désigne le vol. Le vol est donc un des cas qui entraîne le péril de la vie. Ceci est confirmé par le Très ancien coutumier de Normandie qui est encore plus ancien que les Etablissements Ch. 36 n° 2 ed. Tardif p. 30 "de furto nulla fiet convictis reconciliatio sed capti suspendantur": qu'il n'y ait aucun pardon à ceux qui ont été convaincus de vol, que ceux qui sont pris en état de vol soient pendus. L'aggravation semble du reste avoir été assez tardive. Il est facile de s'en rendre compte par quelques textes de l'époque franque où subsiste encore la peine de l'amende. Le pactus Childeberti pro tenore pacis accepte encore le rachat du coupable et c'est seulement faute de paiement qu'on se paiera sur lui. Capit. de Boretius I pp. 4 et 5. "Si quis ingenuam personam per furtum ligaverit....et sic latro redimendi se habeat facultatem...si facultas deest...et si non redimitur, vita careat". Quelqu'un s'est emparé d'une personne qui lui a volé un de ses meubles, puis l'a enchaîné; le voleur aura la faculté de se racheter: s'il ne veut pas ou ne peut pas se racheter et payer la composition il sera obligé de payer de sa vie. Ce texte est du début du VI^e siècle. Les autres textes francs ne donnent à proprement parler rien de différent. Pendant toute la période où l'autorité publique a pu s'exercer, on a dû appliquer ce système. Puis, dans la période de désordre marquée par l'affondrement de l'autorité publique, on a éprouvé le besoin, en vue de la sécurité de tous, d'accroître la peine. Cette aggravation que nous retrouvons au XIII^e siècle, nous la voyons fonctionner de façon pittoresque dans les historiens un peu antérieurs de la première moitié du XI^e siècle, un peu après l'an 1000, à une époque où la vie est dure. Raoul Glaber, L. III ch. VI, n° 22, p. 70, raconte dans ses histoires le petit fait suivant: il s'agit de voleurs, de bestiaux qui poussaient les bestiaux volés sur le chemin; ils s'aperçoivent qu'ils sont poursuivis et qu'ils vont être rejoints. Pour se soustraire à la peine, ils rencontrent sur leur route un pauvre mendiant et lui confient la surveillance des bestiaux.

Le vieux est facilement rattrapé; on l'interroge; il répond sans savoir de quoi il s'agit. Sans plus de forme on le mène chez le seigneur où il est immédiatement pendu. C'est l'illustration anticipée du passage des Etablissements de Saint Louis (Cf. Le Foyer, Thèse Paris 1931, le Droit pénal normand). L'aggravation de la peine constitue une première différence.

La 2ème différence est fonction en quelque sorte de la première; puisque le vol est puni de la peine de mort, la preuve du vol se fait comme pour les crimes qui entraînent mort ou mutilation, c'est-à-dire qu'elle a lieu par gage de bataille (Etablissements de Saint Louis précité). Les deux parties, voleur et volé, vont être amenés à se battre, pour savoir lequel des deux a raison ou dans son accusation ou dans sa défense; le vaincu sera supposé avoir tort. Si c'est le volé qui est battu, il sera puni de mort; la règle à cette époque est qu'il ne convient pas d'accuser légèrement, sous peine de s'exposer à se voir appliquer à soi-même la peine qu'on demandait contre le délinquant.

Cette procédure n'est donc pas sans risque, ni pour le présumé voleur, ni pour le présumé volé.

Elle n'a pas duré très longtemps après le XIII^e siècle puisqu'une Ordinance de Saint Louis, placée en tête des Etablissements, interdit la procédure du gage de bataille pour lui substituer la procédure habituelle de la preuve par témoins. Mais cette ordinance de Saint Louis n'a été certainement appliquée que dans le domaine royal et partout ailleurs le gage de bataille a persisté longtemps; peut-être même parfois encore a-t-il pu persister dans le domaine royal.

Voilà les deux grandes différences entre le vol au XIII^e siècle et le vol à l'époque barbare. Par ailleurs le vol est encore un méfait qui est examiné avec détail dans les ouvrages de cette époque. Beaumanoir contient tout un chapitre XXXI, sur les larcins n° 937 - 954. Ce chapitre permet d'examiner de plus près la théorie du vol à cette époque. Il distingue trois espèces de vols: "Si traiterons en ceste partie des III. manieres de larrecins et dirons premierement que est larrecins", et un peu plus haut, il dit: "Plusieurs manieres de larrecins sont, car li un sont apert et se pruevent d'aus meismes, et li autre ne sont pas si apert et nepourquant il se pruevent par presompcion et par renomee, et li autre sont en doute a savoir se c'est larrecins ou non". Quant à la dernière catégorie on est en doute en général pour sa-

Application
du duel judi-
ciaire à
la preuve
du vol.

Les différen-
tes espèces
de vols sous
Beaumanoir.

voir s'il y a ou non vol.

Le vol flagrant, rien à dire. Il se prouve tout seul. Quant à la seconde catégorie, elle se prouve par des présomptions variables. On fait intervenir la bonne renommée ou la mauvaise réputation de l'homme dont il s'agit.

Le vol
apert et les
cas assimili-
lés.

Dans la catégorie du vol "apert", Beau-manoir fait entrer celui où le voleur est trouvé saisi et vêtu de la chose emblée, on trouve la chose encore entre les mains du voleur, bien qu'on n'ait pas vu le voleur la soustraire "tout soit ce que l'en ne le vit pas embler, car pour ce l'apele l'en larrecin que li llerres espie l'eure et le point que nus ne le voie, ne plus apers larrecins ne puet estre que cil qui est trouvés saisi et vestus de la chose emblée". Le voleur a l'habitude de se cacher. Si on doit le saisir sur le fait la plupart du temps il échappe à la répression "Ne il n'i a point de disference se l'en trueve la chose emblée seur li ou se l'en li voit jeter hors d'entour soi quant l'en le suit pour prendre, car au tant vaut se l'en li voit jeter ou cheoir d'entour soi comme s'il estoit pris atout". C'est la même chose qu'on le voie saisi de la chose ou si on le voit la jeter au moment où il allait être dépisté.

Ce vol est donc assimilé au vol flagrant. L'autre se prouve par présomption, par mauvaise réputation et par mauvaise renommée et menaces. Avec la procédure de vol indiquée tout à l'heure, on comprend qu'en cas de flagrant délit ou quand on a pris le voleur saisi de la chose, le volé n'hésite pas à accuser puisqu'il peut fournir la preuve que j'ai indiqué. Mais quand on ne trouve pas le voleur ainsi nanti, le volé hésite souvent à s'engager dans la procédure dangereuse du duel judiciaire, car le volé, s'il ne triomphe pas, risque la mort.

Aussi au XIII^e siècle, en même temps que la Royauté s'attache à supprimer le gage de bataille, on imagine une action dégradée de celle du vol qui épargne la peine de mort au voleur et au volé. On s'explique donc que la procédure de vol ait alors changé et que, à l'action originale, s'en soit substituée une autre. Etablissements St Louis L. II Ch. 18 Ed. Viollet T. II p. 391; "de chose qui a été emblée chalonié et de marcheander sagement sans soupçon."

On retrouve dans cette nouvelle procédure presque tout le cérémonial de la Loi Salique : "Si aucune personne sait aucune chose qui lui ait été emblée et il l'entierce por emblée, il doit mettre IIII. deniers dessus la chose, si come nous l'avons dit dessus par la costume d'Orléans, et doit dire en telle manié-

L'action de
chose emblée,
rappelant
l'ancienne
procédure de
la loi Salique
tout en
voisinant
avec la re-
vendication
romaine.

à la Justice: "Sire cette chose m'a été emblée et suis tout près de jurer sur sains de ma bouche et de ma main, que je ne fis onques chose par quoi j'en perdisse la saisine" et cil sor qui la chose sera trouvée dit qu'il l'ait acheté de prudhomme et de local, si cour il croit et l'osera bien jurer sur sains, aonques sera hors de la soupeçon et dou peril; mais il perdra son chatel, si il ne peut trover son garant"

Ce passage est bien curieux quand on est déjà averti sur toute la procédure de la loi Salique. On y trouvera l'entiercement, les serments successifs des parties et on y trouve aussi cette cérémonie des quatre deniers posés par le demandeur sur la chose volée. La loi Salique connaît ce cérémonial en matière de revendication d'esclave, pour affirmer la propriété d'une personne sur un esclave. Les quatre deniers sont le symbole du prix d'achat. Mais ce qu'il faut bien remarquer, c'est qu'il ne s'agit pas ici à proprement parler d'un vol. Le terme de larcin n'est pas employé par le demandeur. Il ne dit pas qu'il ait été volé, il dit que cette chose lui a été enlevée: elle a disparu de ma maison, "et je n'ai rien fait qui puisse justifier que cette chose ait disparu de chez moi". Le demandeur ne tient pas à intenter une action de vol pour une chose dont il n'est pas pleinement sûr. C'est une dégradation de l'action de vol, la procédure se continue ensuite exactement comme dans la Loi Salique. L'accusé pourra fournir garant et jurer qu'il a acheté la chose. On ne lui imposera pas alors l'amende, puisqu'il n'y a pas vol. Mais il sera obligé de restituer la chose à celui qui se prétend propriétaire. S'il trouve un garant, le garant se substituera à lui dans la procédure et c'est contre le garant que sera portée cette sanction. Si le garant est déjà parti, l'acheteur perdra son procès, et le chatel, à moins, dit le texte un peu plus loin, qu'il n'ait acheté la chose dans une foire et "s'il n'amène nul garant il jurera ce que j'ai dit dessus et jurera que, si il le puet vecoir, ne apercevoir, il le prendra s'il puet, ou qu'il lévera le cri ou le fera savoir à la joutise. Et si perdra son chatel, quant li demanderres avra faite la chose por soue, Se li marcheanz ne l'avait achetée en la foire de Paques. Et s'il l'avait achetée, il raurait son argent par la costume d'Orlenois et sera hors de la soupeçon se c'est hom qui ait usé et acostumé à acheter telles choses et qu'il soit de bone renomée". Si l'objet a été acheté à la Foire de Pâques, le possesseur actuel pourra réclamer au propriétaire, avant de lui restituer la chose, que celui-ci lui rembourse le prix. Il sera ainsi hors

de soupçon, s'il a bonne réputation et a l'habitude d'acheter des choses de cette manière.

L'organisation de cette nouvelle action est particulièrement curieuse. Elle voisine de très près avec la vieille procédure salique sauf une grande différence: ici le demandeur déclare que la chose est sortie sans raison valable d'entre ses mains; peut-être a-t-elle été volée, peut-être a-t-elle été perdue. Le principe au moyen âge est que les épaves sont au seigneur. Celui-ci en est saisi, au moins provisoirement pendant la durée de l'an et jour. Si dans ce délai le propriétaire réclame la chose perdue, le seigneur la restitue; faute de réclamation il en devient propriétaire. C'est la théorie des regalia que j'ai signalée précédemment. Cf. Beaumanoir n° 739, p. 380.

Il n'est pas question ici d'autre chose que de la restitution de l'objet volé. Il y aura toutefois encore ici une amende à la justice puisque le défendeur aura tout de même perdu son procès. Mais ce n'est pas la peine du vol, c'est plutôt une peine du plaideur téméraire.

On voit donc, en y regardant d'un peu près, que nous sommes dans une région bien voisine de la revendication romaine. Voilà un homme qui n'argue que de sa propriété et n'incrimine le défendeur que d'être en possession de la chose qui lui appartient et qui ne réclame que la restitution de celle-ci. L'action a dépouillé le caractère délictuel qu'elle présentait à la période barbare.

On est allé encore plus loin en se rapprochant de la revendication romaine dans certaines provinces, en supprimant cette amende de procédure qui subsiste encore dans l'action de chose emblée.

Après cette action de chose emblée, il faut ajouter l'action de la chose adirée qui se rencontre dans le Grand Coutumier de Normandie, Ch. 87, dans les Coutumiers de Jérusalem, ou dans le coutumier de la province de Berry, tit. IX, art. 28.

Pour la Coutume de Jérusalem voyez Assises de Jérusalem publiées par Beugnot. Historiens des croisades, in f°, Assises de la Haute Cour, Livre de Jean d'Ibelin, Chap. 131, t. 1 p. 205. "qui se viaut clamer par l'assise de chose qui li ait esté mal atirée, ce est qu'il l'ait perdue..."

Cette action de la chose adirée, on l'exerce donc quand on a perdu la chose et non quand celle-ci a été volée. Si je vous signale les actions à caractère purement civil, cela ne veut pas dire que celui qui avait recueilli ou volé la chose ne put pas être poursuivi pour vol ou pour n'avoir pas remis la

Action de chose adirée en cas de perte.

chose au seigneur. Cela ne nuit en rien à l'exercice d'une action pénale à raison des droits du seigneur sur les objets perdus. Mais au point de vue du droit du propriétaire il est légitime de séparer cette action de l'action pénale.

Double mouvement romaniste et coutumier tendant à réintroduire la revendication.

Le progrès est donc considérable dans les textes coutumiers. Il concorde vers cette époque avec une tentative des romanistes, après la renaissance italienne pour réveiller l'ancienne revendication romaine qui était assoupie. Il y eut donc comme deux mouvements convergents, l'un des romanistes pour réacclimater la revendication romaine et l'autre des coutumiers, conduits à une action analogue à la revendication par l'affaiblissement de la poursuite pénale.

Ces deux mouvements eurent pour résultat de ramener la revendication romaine qui trouvait maintenant un fondement dans la conscience populaire.

La revendication réapparaît donc chez nous dès le XIV^e siècle. M. Olivier-Martin, dans sa belle histoire de la coutume de Paris, T. II, pp. 104, et ss. a relevé dans le centre de la France des traces de la revendication ou de son doublet coutumier pour des objets qui n'avaient été ni perdus, ni volés et où pourtant on qualifiait l'action en justice de demande de chose emblée. Cette demande répond donc au XIV^e siècle à des hypothèses que primitivement elle n'avait pas gouvernées. Au milieu du XIV^e siècle, les exemples de revendication mobilière, par le propriétaire, se multiplient. Il en est question au Grand Coutumier de Charles VI, L. II Ch. 16, Laboulaye, p. 225: "Note que en cas de revendication ou l'on fait demande d'héritages, ou l'on fait demande de meubles." Ici on met sur le même pied la revendication immobilière et la revendication mobilière, celle-là dont nous avons refusé l'existence pour l'époque antérieure. Le Ch. 16 indique toute la procédure et se relie très directement à ce que nous avons vu jusqu'à présent. "Si on fait demande de meubles, le demandeur dès le commencement du plaid, peult par la justice du lieu faire mettre la chose, en la main du roi (entiercement) et icelle faire arrêter de la possession dicelluy qui l'a, et par la main de justice la faire mettre en main séquestre et sûre jusques à ce qu'il soit venu en jugement; mais lors le défendeur qui se voit dépouillé de sa possession peult requérir qu'il soit restitué, et lors s'il est solvable, sa requête lui sera accomplie; mais le juge lui interdira la mutation de la forme et l'aliénation de la chose sur grosses peines et à perdre la cause. Et si il n'est solvable et resséout l'on ne lui ac-

complira pas sa requête."

Voilà pour la région parisienne. Au Nord de la France, on trouve les mêmes errements que nous fait constater la Somme rurale de Bouteiller. L. I ch. 43 pp. 550-552. Les explications de Bouteiller sur ce point sont très claires.

Depuis le XIV^e siècle, on constate donc chez nous un retour vers l'ancienne rei vindicatio romaine. Ce mouvement s'aperçoit au Nord de la France, dans la Somme rurale de Bouteiller, dans un passage spécialement frappant L. I.T.43 P. 550-552: il s'agit d'une toile qui a été confiée à un artisan pour en faire un vêtement. L'artisan la donne en gage. Le propriétaire s'en va chez celui à qui la chose a été engagée et la lui revendique. Il y a là une revendication fondée exclusivement sur le droit de propriété du réclamant, à propos d'un objet qui n'a pas été volé mais remis à un détenteur de la pleine volonté du propriétaire. On accorde la reprise au propriétaire dépoillé et sans aucun dédommagement au créancier gageiste qui cependant n'avait rien su même en recevant le gage. C'est une revendication au sens romain du mot.

Cet usage devait être répandu dans toute la région du Nord puisque le Livre roisin qui contient la Coutume de Lille de la première moitié du XIV^e siècle, reprend la même hypothèse et accorde, de même que Bouteiller, un droit de reprise au propriétaire. Ed. Brun-Lavainne, 1842, in 4°, p. 90 n° 4. En réalité c'est autant de l'action de chose emblée que ces espèces se rapprochent que de la revendication proprement dite. Les deux actions convergent et finissent par se confondre.

La revendication mobilière ainsi restaurée aux XIV^e et XV^e siècles ne disparaîtra plus de notre ancien droit, mais elle aura une histoire mouvementée. Elle parcourt deux étapes successives et différentes. Dans la première étape, du XIV^e au XVI^e siècle, cette revendication, ou action de chose emblée s'épurera de ses origines pénales et de l'action de chose emblée pour en venir à la revendication romaine toute pure. Ce premier stade nous mène jusqu'au XVI^e siècle. A partir du XVI^e siècle, par une série de constructions doctrinales, après avoir acclimaté la revendication, on en vint souvent à l'écartier par des fins de non recevoir, dans un but économique.

I - Durant le XIV^e siècle, l'action de chose emblée reste constamment pratiquée. La résurrection de la revendication ne la fait pas disparaître (un passage du Livre des droits et commandements des

Renaissance
de la revendication
romaine au
XIV^e sc.

Les deux étapes de la revendication mobilière.

Ière phase
jusqu'au XVI^e
sc.-atténua-

Source : BIU Cujas

tien du caractère pé-nal de l'action de chose emblée.

Les procédu-
res de ren-
trerrie et
d'aveu et
de contre-
aveu.

offices de justice antérieurs à 1372 et qui se rapporte à l'Anjou et au Poitou dans les Coutumes d'Anjou et de Poitou antérieures au XVI^e siècle (publié en 1865 par Beaumtemps Beaupré n° 109) est très significatif, car il reproduit presque exactement les Etablissements de Saint Louis. On y rencontre même le cérémonial des quatre deniers. D'ailleurs Bouteiller fait allusion aussi à cette action de chose emblée sous le nom d'action de furtive; il discerne bien son origine pénale. L.I.T.27 et 35.

A côté de cette survivance du passé, des changements presque insensibles se sont produits. A côté de l'action de chose emblée apparaissent au Centre et dans l'Ouest de la France deux procédés très voisins de l'action de chose emblée bien que ce ne soit pas elle. C'est d'abord la procédure de rentrerrie dans le Parisis et dans la région de Reims et la procédure d'aveu et de contre-aveu dans le Poitou et l'Ouest de la France. Ces deux procédures sont très voisines et se rattachent au passé: toutes deux débutent par la saisie de l'objet litigieux par un sergent qui le met ainsi sous la main de justice. Celle-ci en même temps a le droit de le rendre au défendeur lorsqu'elle a obtenu de celui-ci une caution dont elle peut du reste le dispenser si sa situation sociale et pécuniaire ne laisse place à aucune crainte. Voilà la question de la possession intermédiaire tranchée. Puis chacun des deux affirme sa propriété: le demandeur doit faire sa preuve et le défendeur y répondra par la procédure de garantie. Aucun texte ne parle d'amende infligée à celui des deux qui perdrat, notamment au revendiquant s'il échouait. Le caractère pénal s'est donc éteint. Tout ceci s'applique aux deux procédures, mais la rentrerrie et l'aveu diffèrent en ce que la rentrerrie a son origine directe dans l'action de chose adirée dont j'ai déjà parlé. Cette nouvelle dégradation de l'action de chose emblée qu'on rencontre en Normandie, tandis que l'aveu et le contre-aveu ont plutôt leur origine dans la revendication immobilière et dans ce qu'on appelle la procédure d'aplègement et de contre-aplègement (plège-caution). Voilà ce que sont ces deux procédures, caractérisées parce qu'elles débutent par des formules qui rappellent l'ancienne menée de traces et se terminent comme une simple revendication (Grand Coutumier L. III, qui contient des formules de procédure Ch. 53, p. 342: exploit de citation à cette action. Bouteiller I.43, Masuer Practica T.7).

Dans les coutumes où s'est développée l'action d'aveu et de contre-aveu, on rencontre, mais

La demande simple en revendication.

dans celles-là seulement, la demande simple en revendication. Elle diffère des autres procédures en ce qu'il n'est plus question de saisie, de main-mise de la chose aux mains de justice, de caution; le meuble reste aux mains du défendeur. Nous nous sommes bien rapprochés de la formule romaine (Livre des Droits et Commandements, tit. I n° 13I, Ed. Beaumtemps-Baupré p. 372 - Claude Liger, commentateur de ces coutumes d'Anjou et de grande renommée dans le pays, n° 397: "Le seigneur, c'est-à-dire le demandeur, peut icelle chose demander au possesseur devant juge compétant par reivendicatio, hoc est par simple demande et action pétitoire et doit en son propre dire les titres et moyens comment icelle chose lui appartient. On n'exige du demandeur que la preuve de sa propriété. C'est la procédure qui se retrouve au cours du XVI^e siècle. Pour cette époque de plein épanouissement de la revendication romaine, on peut se référer Jobbé-Duval, p. 205, qui donne toutes les indications utiles.

Persistance du souvenir de l'entiercement.

Les traces de tout le passé ont donc généralement disparu. Toutefois le souvenir s'en rencontre encore ça et là, notamment le souvenir de l'entiercement, mais seulement dans des cas particuliers, notamment quand l'objet a été aperçu sur un chemin, à la porte d'une maison et sans qu'on puisse procéder à une perquisition. Cf. Coutume d'Orléans autorisant encore l'entiercement quand l'objet se trouve visible. Quand on veut perquisitionner dans la Maison, il faut une autorisation particulière du duc, art. 454-455. Neuvelle Coutume d'Orléans de 1509. L'ancienne coutume avait déjà le même texte, art. 379 et 380.

Art. 454. "La chose mobilière étant vue à l'œil, peut être entiercée, sauf le droit d'autrui. Et si arrest est fait sur chose mobilière à la requête d'aucun contendant la seigneurerie, tel arrest pourra par ledit arrestant être tourné et converti en entiercement, pourvu que en faisant le dit arrest les dites choses mobilières aient été vues à l'œil par le sergent, qui a fait les dits arrêts. Et en ce cas d'opposition, les biens arrestés demeurent en justice. Art. 455. Aucun ne peut entrer, ni faire entrer sergent ni autre personne en la maison d'autrui pour la faire entiercer et enlever les biens étans en icelle maison sans autorité de Justice." Il n'y a donc pas droit de perquisition dans la maison, mais seulement droit de mettre la main sur une chose qu'on voit. À la suite de la saisie de cet objet qu'on voit, on pourra procéder à l'entiercement. Voilà manifestement une dernière trace, en plein XVI^e siècle, de cette ancien-

ne procédure. On comprendra ainsi l'enchevêtrement de toutes ces survivances souvent difficiles à distinguer.

Diffusion générale de la revendication mobilière à partir du XVI^e siècle.

Tout cela aboutit au XVI^e siècle à l'admission très générale, sous des formes procédurales parfois variées, de la revendication pour les meubles comme pour les immeubles. Il est arrivé, après cette rédaction, faite quelquefois avec hésitation, que les commentateurs allèrent chercher la base de leur systématisation dans la législation romaine et interprétèrent les textes un peu complexes des coutumes comme traduisant le plein retour aux anciens erements romains. C'est la pensée de la presque totalité des commentateurs des coutumes du XVI^e siècle, Cf. Pirrhus Engleberneus - Commentaire sur les Consuetudines Aurelianenses 1543, Ch. 77, n° 46: *Bona mobilia vindicari a domino suo possunt adversus quemcumque: la revendication romaine peut être exercée pour les meubles vis-à-vis de qui que ce soit.*

En Savoie, Antoine Fabre, président du Sénat de Chambéry, Codex Fabrianus, résumé des constitutions de Savoie L. VI T. 27 à la définition XI in-F° p. 756 "apud nos jus commune obtinet ut bonorum mobilium aeguet ac immobilium persecutio salvatis..... adversus quemlibet possessorem..... chez nous le droit commun décide que la recherche judiciaire de meubles peut être exercée contre qui que ce soit de la même manière que celle des immeubles. La revendication mobilière a donc repris chez nous la même place qu'avait déjà la revendication immobilière. C'est ce qu'a décidé dans la cause Dominorum de Montom et Joannis, Blanchard, le 16 Avril 1593, le Parlement de Chambéry. On trouve dans les Coutumes de Melun, 325 d'Etampes 167, des formules quelquefois aussi nettes: " il est loisible à toute personne vendiquer chose mobilière lui appartenant" Chabrol (Coutume d'Auvergne Ch.24.a.53, p. 378 Tome III) emploie une expression un peu différente mais qui traduit la même idée: " Les meubles n'ont pas de suite pour les créanciers" c'est-à-dire que les créanciers ne peuvent suivre les meubles " mais que ces meubles peuvent être suivis et réclamés par les propriétaires". La revendication est accordée au propriétaire sur son meuble, alors que la coutume ne donne pas au créancier le droit de s'en saisir.

Vers la fin du XVI^e siècle ou le début du XVII^e siècle les Parlements du Nord et du Midi accordent uniformément la revendication mobilière.

Voilà le premier stade qui mène à la diffusion générale de la revendication mobilière.

2^{ème} mouvement: l'intelligence en est plus difficile et demande plus d'attention.

2[°] phase:
extension de la revendication mobilière coexistante avec la création de fins de non recevoir.

A partir du XVI^e siècle, sans qu'on se soit soucié des constructions romaines antérieures restaurées, on s'est efforcé presque contradictoirement à la fois de protéger le propriétaire du meuble dépossédé et d'un autre côté de donner sécurité à l'acquéreur de bonne foi d'un meuble, en vue de favoriser la circulation de la richesse mobilière. Ces deux buts sont un peu antinomiques car protéger le détenteur contre le propriétaire c'est porter atteinte à la propriété et inversement. Pourtant on ne peut comprendre cette époque qu'en dégageant bien ce double aspect de l'évolution.

Indiquons les points correspondant à chacune de ces tendances.

1[°] - D'abord on voit la revendication mobilière étendre son domaine d'application et par là on fortifie la protection du propriétaire.

2[°] - A l'inverse et un peu plus tard, on réduit l'application de cette revendication par la multiplication de fins de non recevoir qui interdiront au propriétaire de réclamer au possesseur la restitution de sa chose.

I - D'abord, au profit du propriétaire, on a cru équitable, quand il a transféré la propriété de son meuble par tradition, de réveiller parfois son ancienne revendication qu'il paraît pourtant avoir abandonnée par la tradition. Cela s'est produit au cas où l'accipiens n'aurait pas, avant d'avoir reçu tradition, payé son prix au tradens. L'acquéreur a pris livraison de la chose; le vendeur propriétaire avant la tradition perd sa propriété par cette tradition et par conséquent n'a plus en principe droit à la revendication: l'art. I84 de l'Ancienne Coutume de Paris et l'art. I76 de la Nouvelle Coutume, le lui rendent sous certaines conditions.

Cet article est le point de départ de notre art. 2102- 4[°]. Il dit " qui vend aucune chose mobilière sans jour et sans terme, espérant être payé promptement, il peut sa chose poursuivre en quelque lieu qu'elle soit transportée, pour être payé du prix qu'il l'a vendue.

On suppose en principe, la propriété transférée par tradition; le vendeur a livré la chose et l'acheteur en est devenu propriétaire. Dès ce moment l'acheteur a le droit d'aliéner la chose; s'il l'a aliénée et qu'il l'ait livrée, on croirait, en appliquant les principes généraux que le tiers acquéreur va se trouver à l'abri de toute recherche du vendeur puisque celui-ci n'a plus aucun droit sur

Subsistance
de la revendication après
la tradition
au profit
du propriétair
non payé art.
I76 N.C. de
Paris.

chose. Cependant l'art. I76 dit nettement qu'il en sera autrement. L'article est donc nettement contraire aux principes qui gouvernent la propriété mobilière. Bien que la propriété ait été transmise, le vendeur a le droit d'intenter contre le sous-asquéreur une action qui n'appartient qu'au propriétaire. Comment s'y est-on pris pour justifier cette solution? On s'est pour cela appuyé sur l'intention probable des parties. Le vendeur n'a voulu accorder ni jour ni terme pour le paiement. C'est que sans doute il n'a eu l'intention de transférer la propriété à l'acheteur qu'après que le prix aura été payé. Il n'a pas voulu courir le risque de ne pas être payé et, dans sa pensée, le transfert n'a pu se faire qu'après que le paiement aura eu lieu. C'est au fond la solution des Instit. 2.I. § 4I: *Venditae vero res et traditae non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori premium salverit vel alio modo ei satisficerit veluti expromissore aut pignore dato.*

Cet article I76 étend assez considérablement l'application de la revendication en l'appliquant à quelqu'un qui a perdu la propriété.

L'art. I77 complète ce système de garantie dans l'hypothèse que l'article précédent laissait de côté. L'art. I76 suppose que le vendeur a vendu sans terme; mais s'il a vendu à terme en laissant jour à son acheteur, il a renoncé à cette garantie parce qu'il a eu confiance dans son acheteur, il lui a fait foi, et les principes généraux du droit romain qui veulent que la tradition transfère la propriété s'appliqueront. Mais ce même article I77 complète le système de faveur de l'art. I76 en accordant au vendeur non plus la propriété de la chose mais un privilège sur la chose qu'il a vendue en garantie du paiement du prix. Si cette chose se trouve encore entre les mains de l'acheteur, le vendeur aura pour se faire payer un privilège qu'il exercera à l'encontre des autres créanciers de l'acquéreur à qui il sera préféré pour le paiement de son prix. Mais ce n'est qu'un privilège qui suppose pour son exercice que la chose est encore à l'acquéreur. Si donc l'acheteur a revendu la chose et l'a livrée, vis-à-vis du tiers acquéreur le vendeur n'a plus de droit et il est à cet égard moins bien traité que le vendeur qui n'a accordé ni terme ni jour.

Ces deux articles ont eu dans notre ancien droit une renommée véritable puisqu'ils ont passé dans l'essentiel de leur réglementation dans notre C.C. Il s'est donc agi ici d'accorder au propriétai-

pour le cas de vente à terme privilège du vendeur non payé.

re des garanties supplémentaires que ne lui aurait pas accordées le droit commun.

Comparaison avec l'art. 2102, 4° du C. civ; revendication du vendeur de meuble.

L'art. I76 qui suppose que le vendeur n'a donné ni jour ni terme est la source de l'art. 2102 -4° 2ème al. C.C. - Toutefois la réglementation de l'art. 2102 - 4° 2ème al. est loin d'être la même que celle de l'art. I76. Le C.C. accorde bien au vendeur qui a vendu sans terme une revendication, mais seulement dans la huitaine de la tradition. Il faudra que l'acheteur ne soit pas saisi depuis plus de huit jours. Ce même art. 2102 n'autorise cette prétendue revendication que contre l'acheteur et pas du tout comme l'art. I76 même contre le sous-acquéreur. Cette revendication ne pourra plus fonctionner quand l'acheteur se sera dessaisi de la possession de la chose. Aucune de ces deux conditions n'est exigée par l'art. I76, de sorte que la réglementation se trouve assez différente. Après avoir constaté cette différence dans la réglementation, on s'est demandé si elle ne correspondait pas à une conception assez différente de celle de l'art. I76. Et on a été amené à considérer la revendication de l'art. 2102 - 4° comme n'étant pas au sens technique du mot une revendication; on ne considère plus le vendeur comme étant resté propriétaire malgré la tradition et pouvant en cette qualité intentter la revendication contre l'acquéreur. On considère seulement que cette revendication est une action intentée seulement en vue de permettre au vendeur de reprendre la possession. Par faveur, la loi autorise la vendeur à reprendre cette possession de sa chose jusqu'au paiement du prix, afin que le vendeur remis en possession au cas de non paiement puisse exercer sur cette chose son droit de rétention et conserver la possession de cette chose jusqu'au paiement.

L'attitude des deux législations est donc différentes. Notre ancien droit laissait subsister la propriété et accordait la revendication. Notre droit moderne rend l'acheteur propriétaire mais accorde au vendeur la faculté de recouvrer sa chose pour exercer son droit de rétention.

La différence est notable quand au résultat et au fondement sur lequel il repose.

Reste le délai de huitaine exigé par l'art. 2102 -4°. On peut en trouver l'attache dans la pratique de notre ancien droit qui l'exigeait, sans que cela fût dans le texte lorsque la revendication était exercée contre le sous-acquéreur. Il avait exigé cela en pratique parce que s'il y avait plus de huit jours le sous-acquéreur était autorisé à ne plus

être averti de la vente antérieure et ne devait pas être trompé par l'exercice de la revendication (Ferrière sur l'art. I76 de Paris p. 409).

Fins de non recevoir accordés au possesseur contre le propriétaire.

Fins de non recevoir contre la revendication.

La prescription en droit romain.

Le mouvement de notre ancien droit accroît donc dans une certaine mesure la protection du propriétaire. En même temps et à l'inverse, durant les deux ou trois derniers siècles, on a eu le très grand désir de protéger contre le propriétaire des meubles le simple possesseur et on lui a pour cela accordé des fins de non recevoir qui lui permettent de rejeter dans certains cas l'action en revendication du propriétaire.

Il reste à examiner le second aspect de la question; au XVI^e siècle il se produisit un mouvement par lequel on tenta de protéger le simple possesseur contre le propriétaire en lui accordant des fins de non recevoir qui mettent obstacle à l'exercice de la revendication.

La grande fin de non recevoir à la revendication, c'est la prescription. A Rome, elle se présente sous un double aspect, de toute antiquité on a reconnu la sollicitude du possesseur pour sa chose en lui faisant acquérir la propriété de la chose au bout d'un certain temps de possession. Au Bas-Empire, sous Théodore II, on a puni la négligence du propriétaire dépossédé qui n'a pas, au bout d'un certain temps, réclamé la restitution de sa chose en éteignant son action en revendication C.J. VII. 39 de P. XXX vel XL annorum 3-C. Th. IV.II de L.T.P.2.

Il ne faut donc pas pour qu'un meuble puisse être réclamé que le dépouillement du propriétaire qui en demande la restitution soit trop ancien, parce qu'en tardant trop à réclamer le propriétaire a perdu son droit.

En négligeant toute la période intermédiaire, barbare ou franque, jusqu'au XIII^e siècle, ce danger de voir la condition de la chose rester trop longtemps n'était pas à craindre. La propriété en effet se perdait par une dépossession d'an et jour. Il n'y avait pas lieu durant ce court délai de se préoccuper de la condition du possesseur.

Mais au XII^e siècle la Renaissance romaine vint troubler cet état de choses qui était d'origine germanique. Cette Renaissance tenta de remettre en vigueur toute la législation de Justinien, c'est-à-dire l'usucaption du meuble par la possession acquise de bonne foi et avec juste titre, prolongée pendant trois ans ou, à défaut de juste titre, prolongée pendant trente ans.

Elle tenta aussi de remettre en vigueur la règle théodosienne d'extinction de l'action en revendication du propriétaire après trente ans d'inaction et

Résistance au Moyen Age à la

réception
des règles
romaines.

l'impossibilité ancienne d'usucaper une chose qui avait été volée.

Le monde coutumier résista à l'application de ce régime et lors de la rédaction des coutumes la plupart d'entre elles, sur cette question, gardèrent le silence. La plus grande partie des coutumes ne parlent pas de l'usucaption des meubles, peut être parce qu'il en était peu question en pratique ou parce qu'il n'y avait pas sur ce point une opinion fermement acceptée.

Divergence
des coutu-
mes rédigées.

Mais quand on se mit à étudier le texte des coutumes rédigées et à le comparer au droit romain il fallu bien s'apercevoir de la lacune et prendre une détermination. Certains commentateurs en conclurent que, l'usucaption de trois ans ayant été omise par la coutume, il ne pouvait en être question et qu'en matière mobilière il n'y avait lieu de conserver que ce qu'on considérait comme le droit commun, c'est-à-dire la prescription de trente ans. Telle est l'opinion de l'Enchiridion juris scripti Galliae de Imbert V° Usucapio Edit. Lyon 1588 p. 305. Addition de Fontanon à la Pratique de Masner T. XXII des prescriptions. D'autres coutumes, comme Maine et Anjou, art. I4 et art. I rétablissent l'usucaption romaine de trois ans. Elles sont l'exception et exigent pour le fonctionnement de cette prescription acquisitive la bonne foi et le juste titre. D'autres enfin, allant un peu plus loin, se contentent de la bonne foi et n'exigent plus le juste titre Cf. Pothier Traité de la Prescription partie II.

art. 3 pp. 331 et sq. n° 200. Il indique les différentes solutions données dans la Coutume à ces questions. D'après lesquelles

Ajoutons que d'après l'Ordonnance de ordonnances

Moulins de 1566, art. 54 et d'après l'Ordonnance sur la procédure d'Avril 1667 titre 20, art. 2, le juste i667 le pos- titre, si la valeur de l'objet est supérieur à 100 li- sesseur ne fera pas écrire, ne peut se prouver que par écrit. C'est là un taut invoker un très gros obstacle, parce que, en fait, on n'a pas la prescrissoit. Il l'habitude de rédiger d'écrit pour l'aliénation des biens de trois ans que si il est impossible le recours à la prescription de trois ans. En effet donc c'est plutôt la prescription de trente écrits. Ensuite dans le cas où l'on est obligé d'appliquer dans le plus grand

nombre de cas. La législation est donc très dure pour le possesseur. Nos anciens coutumiers déclarent en outre que les meubles volés sont inprescriptibles comme dans le droit romain (François Mingot: Commentaria in

etiusq; consuetudines Andegavensis (1530) sur l'art.

419 F° 231). Dans le même sens on peut citer un arrêt

trouvé dans le rapporté par Augeard (Collection d'arrêts I. p. 5 col. 1er). Au XVI^e siècle, après la rédaction des Coutumes,

Source : BIU Cujas

la condition du possesseur de meubles est donc très peu favorable. On rend difficile sa résistance à la revendication du propriétaire. Et pourtant cela se passe au XVI^e siècle, à une époque où le commerce s'est développé, où les échanges se multiplient et où la richesse mobilière s'accroît. Cette législation paraît une sorte de défi au progrès économique qui s'est produit.

Aussi dès le XVII^e siècle on voit se manifester une certaine résistance à ces règles. On en trouve la preuve dans les Arrêtés du Président de Lamignon III^e Partie T. 29 n° 22. Le Président et la commission qui l'entourait estimaient si bien inacceptable l'état de choses actuel qu'ils proposent que la prescription applicable aux meubles soit une prescription d'an et jour comme cela se produisait au XIII^e siècle. Il y a là une tendance dont il faut tenir compte comme étant celle de la haute magistrature.

Résistance
de la prati-
que judi-
ciaire aux
règles re-
maines.

Quant à la pratique judiciaire, il est probable qu'elle inclinait aussi à favoriser le possesseur. Je tire cette conclusion d'un arrêt rapporté par Bardet Recueil L.V. ch. IV. T. II p. 317 du Parlement de Paris, prononcé le 7 Février 1636. Il a été rendu dans l'espèce suivante: il s'agissait de la revendication d'un bijou par un personnage important du temps contre un possesseur de bonne foi qui le tenait d'un revendeur à qui on l'avait confié et lequel l'avait donné sans aucun droit, en gage. Les parlementaires furent si frappés de l'injustice qu'il y avait à dépouiller le possesseur que l'arrêt subordonna le succès de la revendication par le propriétaire revendiquant au remboursement par lui de la somme en garantie de laquelle le bijou avait été donné en gage. Il se fondait sur la bonne foi du possesseur qui avait reçu le bijou sans se douter de l'existence du droit de propriété de celui qui s'était dessaisi et sans que rien l'eût averti que les bijoux n'étaient qu'un dépôt entre les mains du revendeur.

Ces tentatives ne menèrent pas loin. Les arrêtés étaient une œuvre privée, sans autorité légale et l'arrêt de 1636 ne fit pas jurisprudence. Dans le même recueil de Bardet on trouve, du 5 mars 1637, un arrêt exactement contraire (VI.C.7.T.II.p. 378). La question en restait là quand la doctrine à son tour tenta de construire plusieurs systèmes favorables au possesseur de bonne foi. Le succès fut enfin obtenu par une construction due à la jurisprudence du Châtelet de Paris.

Ce sont ces tentatives qu'il convient maintenant d'exposer.

La première tentative qu'on rencontre

Tentative de Ferrière: il s'en tient à la prescription romaine de trois ans en facilitant au profit du possesseur la preuve du juste titre.

Doctrine de Pothier la règle en fait de meuble possession vaut titre.

Le possesseur est présumé propriétaire sauf au demandeur à prouver qu'il y a

dans la doctrine est due au jurisconsulte Ferrière, au début du XVIII^e siècle. Il s'en tenait au principe romain de l'acquisition du meuble par la prescription de trois ans, et, s'en tenant à cette prescription, il proposait de lui conserver les conditions que la loi romaine y apportait; la bonne foi et le juste titre, mais avec quelque atténuation. Le progrès consistait ici à réveiller cette prescription de trois ans, alors qu'au XVI^e siècle on était presque d'accord pour l'écartier et exiger la prescription de trente ans. Un autre progrès consistait à en faciliter l'application. On n'osait pas écarter la nécessité du juste titre, mais on rendait la preuve de ce juste titre si facile qu'elle ne constituait plus une charge pour le possesseur. Ferrière, pour admettre l'existence du juste titre se contentait de l'affirmation du possesseur que le juste titre avait été dressé mais perdu. (Dictionnaire de droit et de pratique paru en 1734 Ed. de 1771 V° Immeuble et meuble) - Pothier qui connaît ce système se borne à autoriser d'abord la preuve du juste titre par témoins, contrairement aux ordonnances de procédure des XVI^e et XVII^e siècles. Puis, dans son traité des donations entre époux, n° 67 p. 107 il estime lui aussi que le possesseur, au sujet du juste titre, doit être cru de ce qu'il alléguera, du titre auquel il dit avoir la chose, pourvu que ce qu'il allègue soit vraisemblable".

Le résultat n'est pas bien considérable puisqu'on maintient à la charge du possesseur la nécessité du délai de trois ans et que l'on exige la preuve ou l'affirmation d'un juste titre.

Une 2ème tentative plus considérable est due à Pothier et à Denisard. Ici le terrain des lois romaines sur lequel on n'avait pas cessé de se tenir, est abandonné.

Ces deux auteurs s'appuient dans cette tentative sur un vieux brocard qui avait cours en doctrine comme en pratique: En fait de meubles possession vaut titre. C'est à ce moment qu'il prend une importance qui n'a fait que s'accroître.

Comment le traduire? Du fait de sa possession, le possesseur est présumé propriétaire; on le considère comme un propriétaire jusqu'à preuve contraire. Cela n'est pas bien téméraire. C'est l'avantage même de droit commun que la possession procure au possesseur l'avantage de la qualité de défendeur et oblige le demandeur à prouver son droit. C'est l'application pure et simple du droit commun. Le demandeur prouvera qu'il était, à une date antérieure, propriétaire de la chose.

u vol.

Si le brocard ne voulait dire que cela, ce ne serait pas la peine d'y attacher tant d'importance. Le droit commun voudrait qu'une fois que le demandeur aurait établi qu'il était antérieurement propriétaire, ce serait au défendeur à établir que postérieurement à cette date cette propriété était légitimement passée entre ses mains à lui possesseur. C'est à lui défendeur qu'incomberait le soin de prouver la légitimité de ce changement de propriété et de possession postérieur à la date à laquelle se place la preuve déjà faite par le demandeur.

C'est ici que la maxime va jouer au profit du possesseur. Puisque le possesseur est présumé propriétaire, on va considérer que cette preuve, qu'il a légitimement acquis l'objet, il l'a déjà faite rien qu'en établissant sa possession. Sa possession prouve qu'à une date postérieure au jour où le propriétaire a prouvé sa propriété, le possesseur a acquis légitimement cette propriété. La preuve de la mutation ne lui incombe pas, elle est présumée acquise. Ce sera par contre au demandeur qu'incombera, en réplique à cette présomption, la preuve que le défendeur n'a pas pu acquérir légitimement cette propriété, attendu que lui, propriétaire et demandeur, il a perdu sa possession d'une manière illégitime, par exemple qu'il a été volé, ou qu'il a déposé la chose chez un autre, de sorte que ce changement de mains fondé sur une transmission répréhensible de la possession du bien n'a pu entraîner pour le demandeur la perte de la propriété.

Le gain que cette doctrine fait obtenir au possesseur, c'est une nouvelle preuve, imposée au demandeur, qu'il a été volé, ou qu'il a été dépouillé de façon illégitime par l'emprunteur, le gâgiste qui, n'ayant que la possession précaire, n'avait pas qualité pour transmettre la chose au possesseur actuel - lequel ne peut dès lors prétendre avoir une possession légitime.

Si le demandeur parvient à faire cette preuve, le demandeur triomphera. Jusque là la possession du défendeur va être une fin de non recevoir qui s'opposera au succès de la revendication du demandeur.

Voilà ce qui semble ressortir de Pothier. Le possesseur ne pourra du reste triompher que s'il est de bonne foi, car la maxime ne s'entend que dans la possession de bonne foi, Cf. Pothier sur la Coutume d'Orléans, H.in.18, T.I. p.642^e Notre coutume ne s'est pas expliquée sur la prescription à l'effet d'acquérir les choses mobilières; il n'est pas bien décidé si la prescription de trois ans avec titre et bonne foi, qui avait lieu par le droit civil, a lieu dans notre droit

français. Imbert et Bugnion, anciens praticiens, pensent qu'elle n'y est pas admise; d'autres auteurs prétendent qu'elle y est admise. Il est rare qu'il y ait lieu à la question, le possesseur d'un meuble en étant parmi nous présumé propriétaire, sans qu'il y soit besoin d'avoir recours à la prescription, à moins que lui qui le réclame et s'en prétend propriétaire, ne justifiât qu'il en a perdu la possession par quelque accident, comme par un vol qui lui en aurait été fait; auquel cas il ne pourrait pas y avoir lieu à cette prescription de trois ans, qui, aux termes du droit n'a pas lieu pour les choses furtives".

Voilà le premier avantage que la doctrine dont je parle accorde au possesseur.

Elle lui en accorde pourtant un autre.

Maintien
de la pres-
cription
acquisitive
de trois
ans.

Le possesseur triomphe dans la revendication malgré la réplique victorieuse du demandeur s'il établit qu'il a, depuis le début de son acquisition, prescrit la chose par la possession de trois ans. L'ancien régime de la possession de trois ans est donc confirmé. Cela va de soi si le possesseur à acquis d'un possesseur précaire, pourvu que ce possesseur soit de bonne foi. Mais Pothier l'admet même au cas de vol: il estime en effet, que même si le meuble a été perdu par vol, le possesseur pourra l'usucaper par la prescription de trois ans, pourvu qu'il ait été de bonne foi. Et cela est contraire à la théorie romaine du vice de la chose volée. Cf. Traité de la prescription n° 204: "Le droit romain excepte de la prescription des meubles les choses furtives, c'est-à-dire, les choses qui ont été dérobées, tant qu'elles n'ont point encore été recouvrées par celui à qui elles appartiennent, ou par ceux qui sont à ces droits. Suivant le droit romain, un tiers possesseur de ces choses, quoiqu'il les ait acquises par un juste titre et de bonne foi, ne peut les prescrire. Cela est tiré de cet article de la loi des Douze-Tables: Furtivas rei aeterna auctoritas est. Cette disposition, qui ne permet pas qu'un possesseur de bonne foi puisse acquérir par la prescription les choses furtives, me paraît être un droit purement arbitraire; et je ne vois rien, dans les principes du droit naturel, qui doive empêcher le possesseur de bonne foi d'une chose furtive de l'acquérir par la prescription. C'est pourquoi, dans le pays coutumier, où le droit romain n'a pas par lui-même force de loi, mais seulement en tant qu'il paraît pris dans le droit naturel, je doute très fort que cette disposition du droit pour les choses furtives y doive être observée." Voilà la doctrine de Pothier qui s'appuie sur ce que le droit romain en pays coutumier n'a pas une portée absolue.

Pothier ne reconnaît pas au possesseur évincé, quand il a acquis la chose sur un marché, le droit au remboursement du prix.

Enfin, au XVIII^e siècle, et toujours dans la matière du vol, on va même souvent plus loin encore en reconnaissant au possesseur de bonne foi, quand la chose a été volée et quand la prescription de trois ans n'a pas permis encore à l'acquéreur du voleur d'acquérir la propriété de la chose, le droit de réclamer du propriétaire, avant de lui rendre la chose, la restitution du prix qu'il a payé, surtout quand l'achat a eu lieu en foire. C'était une bien vieille règle qui remontait à Beaumanoir.

Un autre exposé très précis de la règle est présenté par Pothier, *Traité du cheptel*, n° 50 et ss. Ed. in-12 p. 61: "Il y a plus de difficulté à l'égard des bêtes qui ont été achetées de bonne foi, surtout lorsque c'est en foire ou marché public. Plusieurs prétendent que le propriétaire des choses dérobées, tel qu'est dans notre espèce le bailleur du cheptel, ne peut se les faire rendre par un tel acheteur, qu'en lui rendant le prix qu'il a payé."

Mais si Pothier explique le fondement de cette réclamation, il signale l'inconvénient qu'il y aurait à l'accepter, si bien que, après avoir dit que bien des gens à son époque acceptent cette obligation pour l'acheteur de rembourser le prix, il ajoute qu'il ne croit pas pouvoir aller jusque là.

"La faveur des foires n'est donc pas suffisante pour dispenser les acheteurs des choses volées de les rendre, si on ne leur rend le prix: il faudrait une loi précise qui les en dispensât. Bien plus, plusieurs canonistes pensent que, même dans les lieux où il y aurait une loi qui autoriserait expressément ceux qui ont acheté en foire de bonne foi des choses volées, à s'en faire rendre le prix par les propriétaires de choses volées; ces acheteurs ne pourraient pas en conscience exiger des propriétaires cette restitution du prix, parce que ces lois étant contraires à la loi naturelle, qui défend de retenir le bien d'autrui, elles ne doivent pas être suivies dans le for de la conscience."

A l'époque de Pothier il y a donc bien des gens qui vont jusqu'à notre art. 2280, mais lui estime qu'il n'y a pas de raison suffisante pour que ce soit le propriétaire qui souffre du vol plutôt que l'acheteur de bonne foi. La faveur des foires ne lui paraît pas autoriser cette dernière conception.

Voilà toute la théorie très cohérente de Pothier, qui, chez certains jurisconsultes, va jusqu'à l'adoption de l'art. 2280.

Elle aboutit en somme à une protection

du possesseur presque égale à celle de l'art. 2279. Pour que cette protection lui demeure un peu inférieur il faut que le propriétaire soit en mesure de prouver le vol ou la précarité, ou qu'il n'y ait pas encore trois ans depuis l'entrée en possession du possesseur actuel. C'est seulement à cela que se réduit la différence entre la doctrine de Pothier et notre art. 2279.

Le grave défaut de la théorie de Pothier c'est sa complexité, et dans des matières de pratique courante c'est un grave défaut. C'est en même temps un nid à procès, étant donné tout ce que peut soulever un défendeur qui ne serait pas de toute honnêteté.

C'est peut-être pour cela que notre ancien droit s'est arrêté, en fin de compte, à un troisième système bien plus simple.

Il a été imaginé par la pratique et la jurisprudence du Châtelet, tellesqu'elles nous sont rapportées par Bourjon, Droit commun de la France confirmé par Valin (Bourjon, Droit commun de la France, T. I. CH. VI .S.I. Tome I, pp. 145 et sq. Valin, Commentaire sur la Coutume de la Rochelle, note sur l'art. 60, 240).

Longtemps le Châtelet se bornait à modifier comme nous l'avons vu plus haut le régime habituel des preuves exigées du possesseur. Puis il alla plus loin en autorisant le possesseur à repousser de plano la demande du propriétaire, que le propriétaire ait déposé autrefois sa chose ou qu'il l'ait donnée en gage, ou qu'il l'ait prêtée, tout aussi complètement que si elle lui avait été volée. On l'y autorise, même si le propriétaire présente un acte écrit qui constate ce dépôt, même si le propriétaire établit à la suite de cet acte que c'est bien de ce déposant que le possesseur actuel a acquis sa chose.

Il y a là refus presque absolu d'entendre le propriétaire, et, pour justifier cette pratique un peu brutale, Bourjon s'est appliqué à détournér de son sens la vieille maxime: "En fait de meuble possession vaut titre" il la rapproche d'une autre que nous retrouverons: "Meubles n'ont pas de suite". Il n'est pas possible de poursuivre un meuble dont on a perdu la possession. Il est interdit d'exercer un droit de suite sur un meuble aux mains d'un tiers. Il conclut que ces deux formules ne sont que deux aspects d'une même règle, à savoir qu'il n'y a plus chez nous de revendication mobilière, que la revendication mobilière n'est plus acceptée chez-nous qu'en cas de vol.

Pratique de
la jurispru-
dence du Châ-
telet.

Disparition
du droit de
revendiquer
les meubles.

On en revient ainsi à un état de droit bien voisin, presque semblable, à celui que nous révèlent les lois barbares où la revendication mobilière ne se présente que sous la forme d'une action de vol. Mais le retour s'est opéré au XVIII^e siècle pour une toute autre raison. C'est en vue d'un intérêt public, en vue de faciliter la circulation de la propriété mobilière que l'autorité publique se refuse à protéger un propriétaire insouciant qui a laissé échapper la possession d'un meuble.

C'est le dernier terme de cette évolution qui nous mène directement aux art. 2279 et 2880.

A Rome, le droit protégeait non seulement le propriétaire, mais aussi le simple possesseur qui n'a que l'exercice du droit de propriété, par cela seul qu'il est possesseur, parce que ordinairement il est aussi le propriétaire. C'est pour assurer une protection plus solide de la propriété que la loi protégeait la possession. Cette protection lui était accordée sous la seule condition qu'il prouve sa possession et cela, qu'il soit un possesseur mobilier ou immobilier. Il n'y avait de différence que quant au procédé de protection. L'interdit n'était pas le même pour les meubles que pour les immeubles, pour les meubles c'est l'interdit utrubi, pour les immeubles l'interdit uti possidetis.

Dans les lois romaines postérieures aux Invasions, ces procédures ont dû subsister (mention des deux interdits dans la partie du Bréviaire d'Alaric contenant les fgs. du Code Théodosien, - IV - 20 et 21). Mais il est vraisemblable que ces procédures ont dû subir une forte décadence : la loi romaine des Burgondes n'en dit rien et dans le Bréviaire d'Alaric l'interdit utrubi n'est mentionné que pour l'hypothèse particulière du colonus en fuite dont il s'agit de recouvrer la possession. C'est un homme libre, mais de condition inférieure, et duquel on peut avoir la possession.

Il est bien possible que la distinction entre la procédure pétitoire et la procédure possessoire, entre la revendication et l'interdit utrubi ait même peu à peu disparu à cause de la grande prédominance des dépossessions violentes à cette époque. Dans ces dépossessions violentes, la protection contre l'inva-

Décadence du système romain de protection possessoire après les Invasions.

sor se résume dans l'actio furti, dans laquelle on poursuit la reprise de la possession, sans qu'on allégué ni la propriété ni la possession, mais seulement un droit réel qui a subi une atteinte délictuelle.

La protection possessoire établie par la Loi romaine n'a donc plus eu comme telle une grande application et ceci est encore plus vrai dans le monde barbare. Celui-ci ignore en effet la différence entre propriété et possession. Cette distinction ne peut être que l'œuvre d'une civilisation raffinée et d'un Droit évolué. Dans les Lois barbares, possession et propriété sont confondues dans une unique institution, dont il serait difficile de dire si elle est propriété ou possession : la saisine. L'homme saisi est celui qui a la possession et vraisemblablement la propriété. Cette saisine s'acquiert par une investiture publique : la vestitura, et quand celle-ci se fit avec le temps plus rare, elle fut souvent remplacée par une simple mise en possession, la simple tradition. Cela s'explique surtout facilement pour les meubles. On donna très vite à cette possession une valeur égale à l'investiture publique quand elle avait duré l'an et jour.

La brièveté même du délai d'an et jour durant lequel on pourrait prétendre que possession et propriété restent séparées, rendait en fait sans grande portée pratique la distinction procédurale romaine entre la possession et la propriété. On comprend pourquoi, dans les textes barbares, la pensée barbare n'a pas été attirée sur cette distinction.

Enfin, en matière mobilière nous avons déjà constaté l'absence de protection judiciaire de la propriété en soi. Nous avons constaté dans les Lois barbares la désuétude de la revendication mobilière. Cette désuétude permet de soupçonner que, à fortiori, puisqu'on ne protégeait pas le propriétaire, on ne devait pas protéger le possesseur qui, tout compte fait, est encore moins digne de faveur. Tout cela laisse bien supposer que la possession et la protection possessoire des meubles ne dût pas persister bien longtemps après les Invasions. Elle disparut dès que la population en vint à accepter la conception germanique. Jusqu'au XII^e siècle, nous pouvons tenir pour probable l'inexistence de l'action possessoire mobilière.

Voilà un premier point. Mais en égard à cette différence entre la législation germanique et la législation romaine, lorsque vint la Renaissance romaine on dut s'attacher à restaurer la possession mobilière par un mouvement analogue à celui qui, à la

Elle correspond à une disparition de la distinction entre la possession et la propriété.

Influence de la renaissance romaine sur la restauration de la protection possessoire
Source : BIU Cujas

même époque, a conduit à restaurer la revendication. Il est bien probable, qu'on y a pensé à cette époque. En nous en tenant aux auteurs coutumiers, je veux vous signaler à ce point de vue deux passages intéressants qui pourraient bien se rattacher à l'ordre d'idées où nous sommes, dans Beaumanoir au XIII^e siècle et dans Bouteiller au XIV^e siècle.

Beaumanoir, N° 985. I.p. 487 parle dans ce chapitre " des actions possessoires de nouvelle desaisine de force et de nouvel trouble". Il parle de l'action de force, c'est-à-dire exercée en cas de déposition violente de tolt ou toute : N° 985, dans l'espèce il est question d'un cheval ainsi emmarié, c'est bien de possession mobilière qu'il s'agit. "Male chose seroit, se l'en me toloit mon cheval ou voulloit tolir, et je avoie pouoir du rescourre, se je ne le pouoie rescourre sans estre justiciés de la justice". Il serait surprenant que celui à qui on veut enlever son cheval ne put se défendre matériellement et dut recourir à justice pour se maintenir en possession. Il peut donc, au moment de l'attaque, répondre à la violence par la violence. Mais si ce possesseur attaqué n'a pas triomphé et si la possession a passé à l'invasor, il va être obligé de s'adresser à la justice pour la recouvrer : "Mes se la force n'est pas moie, si qu'il m'est tolus et en est li toleres en saisine, je ne le doi pas aler retolir, mes arester le puis fere par justice et moi plaindre de la toute. Et se li chevaus est conneus à miens, il me doit estre rendus ou se je le prueve". Dans ce cas il n'est pas autorisé à se faire justice lui-même et à reprendre la chose chez celui qui la lui a prise, mais si le cheval est reconnu autour de lui comme lui appartenant, il lui sera rendu. C'est bien une action possessoire, puisqu'il suffit que le possesseur soit regardé par tous comme le propriétaire, qu'il ait l'apparence de la propriété. Et Beaumanoir fait ici l'application de la règle que celui qui a été violenté doit être tout d'abord remis en possession. La preuve de sa propriété, le dépouillé n'est obligé de la faire que si il n'était pas au jour du dépouillement tenu pour propriétaire, c'est-à-dire s'il n'était pas possesseur. Le texte ajoute : "ne l'en ne doit nus gages... je ne suis pas dans cette procédure obligé de recourir au gage de bataille, c'est-à-dire à la procédure pétitoire, car si le voleur pouvait venir à cette procédure, il aimerait mieux courir le risque de cette action de bataille que de se soumettre tout de suite à la peine du vol. " Ne l'en ne doit nus gages recevoir en tel cas, car se li toleur et li robeur

hypothèse de
Beaumanoir :
époussession
violente.

roient mieus a combatre qu'a estre pendu sans bataille, pour esperance d'eschaper; et male chose seroit qu'il me convenist combatre pour mon cheval qu'il m'avroit esté tolus et que l'en savroit communement qu'il seroit miens". Et Beaumanoir fait à la suite quelques restrictions pour le cas où celui qui vous aurait enlevé la chose " pourroit alliguier tel cause et estre de si bonne renomee que, seur la prueve de la cause qu'il allegueroit, pourroient chooir li gage". Il allègue par exemple que le cheval en question je le lui avais vendu, donné, prêté pour s'en servir; s'il peut le prouver, l'action possessoire recule et se transforme en action pétitoire et on va alors admettre la procédure de gage.

Il semble donc que Beaumanoir nous retrace d'abord ici une procédure possessoire qui peut, par la suite, se transformer en procédure pétitoire. Peut-être ne convient-il de tirer quelques conclusions de ce passage que dans l'hypothèse précise où il se place, c'est-à-dire de possession enlevée par violence; à cette époque la dépossession violente est réprouvée par dessus tout et on s'efforce avant toute autre action judiciaire d'obliger celui qui a commis la violence à la réparer. En tout cas, dans cette hypothèse au moins, il y a une procédure d'allure tout à fait possessoire. Ce texte permet de soupçonner que la renaissance du droit romain a pu pousser les jutistes à tenter de reconstituer la protection possessoire, même mobilière, comme elle apparaissait à Rome. Sans doute Beaumanoir ne cite aucune règle romaine, mais il arrive souvent dans Beaumanoir que ces solutions sont inspirées par le Droit romain sans qu'il le dise expressément. Il s'est assimilé le Droit romain (c'est sa supériorité) et il nous en traduit souvent l'application adaptée au monde où il vit. Il y a peut-être là une tentative pour faire accepter la protection possessoire mobilière.

Bouteiller verse bien plus largement et bien moins dénaturées dans son oeuvre les conceptions romaines " Somme rurale ", L.I T.31, p.319. Bouteiller met la plainte de nouvelle dans ce passage examine la plainte de novelleté, velleté. Il ajoute : " se peut asscoir soit sur chose mobilière personnelle, réelle, spirituelle, corporelle, puisqu'on en aurait possession acquise par temps suffisant et par le dernier an qui tout canferme".

Il semble donc que la protection possessoire par la plainte de novelleté est possible dans le Nord au XIVème siècle pour les choses mobilières comme pour les choses immobilières. Voilà bien l'of-

fensive des principes romains. Aux XIV^e et XV^e siècles une tentative fut faite pour restaurer l'action possessoire mobilière comme on avait tenté de restaurer la revendication mobilière romaine, mais de ces tentatives le succès fut peu durable. L'action possessoire mobilière ne subsiste après le XIV^e siècle, ou au cas d'une universalité de meubles et d'intervention de justice à l'occasion d'un procès mobilier. Ainsi le Grand Coutumier de Charles VI, pp. 238, 239 indique le cas que je viens de donner. Même règle à peu près à la même époque dans les Anciens Coutumiers d'Anjou et du Maine publiés par Beaufort T. IV, p. 285, T. 2, p. 347. De ces deux mentions il résulte qu'au XIV^e siècle la protection mobilière possessoire n'est accordée que dans ces deux cas.

Masuer. Pour le XV^e siècle, même observation à faire dans la Practica de Masuer, T. XI. n° 25, où il déclare que n'a lieu plainte de nouvelleté pour chose mobilière, formule encore plus exclusive que celle du XIV^e siècle en Anjou et Maine ou dans la région parisienne.

Enfin, dans la plupart des coutumes rédigées, c'est une formule analogue à celle de Masuer qui va triompher. En voici quelques preuves : Calais, 231; Montfort, 60; Clermont, 51; Poitou Ch. 40 a. 1; Orléans, 489; Paris, 97; Orléans, dans l'édition de Pothier T. II, p. 397, où se retrouve le texte même du XIV^e siècle : "pour simples meubles on ne peut intenter plainte, mais bien pour universalité de meubles comme une succession mobilière." Il n'est plus question du cas de justice. Pothier dans son commentaire, donne comme raison de ce refus de la plainte en matière mobilière, que la possession d'un meuble particulier ne peut guère être incertaine. Raison qui n'est pas bien fameuse, mais à laquelle on peut ajouter que l'acquisition d'un meuble remonte en général moins haut que celle d'un immeuble et que par suite la preuve de cette acquisition peut être plus facile à rapporter. Dans la Coutume de Paris, l'art. 97 règle de la même manière cette question. La rubrique porte : "De la Complainte en cas de saisine, et de nouvelleté, et simple saisine" et l'article décide : "aucun n'est recevable de soi complaindre et intenter le cas de nouvelleté pour une chose mobilière particulière, mais bien pour une universalité de meubles comme en succession mobilière".

C'est la même formule que celle rencontrée dans la Coutume d'Orléans. Ferrière, commentaire sur l'art. 97 donne de cette règle une autre raison, peut-être plus vraie : les meubles sont de trop peu de con-

Dans les coutumes la complainte de nouvelleté n'est admise que pour une universalité de meubles.

séquence pour qu'on multiplie à leur occasion les voies de procédure. Puisqu'il n'y a plus de revendication mobilière, serait-il bien logique qu'il y eut une poursuite possessoire ? On ne protège plus le propriétaire de meuble, sauf s'il est dépossédé par vol ; comment croire qu'on ait pu accorder au possesseur de meubles une protection plus étendue ?

La rédaction des Coutumes mit fin à toute hésitation et la question ne fut plus discutée par la suite.

Telle est l'histoire de la protection judiciaire de la propriété et de la possession.

Reste à examiner ce qui peut se passer non pas à l'occasion de la propriété, mais des autres droits réels. Quand il s'agit d'un autre droit réel portant sur un meuble, dans quelle mesure peut-il survivre à la dépossession ?

Protection des Droits réels mobiliers autres que la propriété.

Refus de toute action contre les tiers au titulaire d'un droit réel.

De la maxime Meubles n'ont pas de suite par hypothèque.

Ici encore il paraît à priori raisonnable de ne pas traiter les autres ayants droit mieux que le propriétaire. D'autant plus que si l'on faisait survivre à la dépossession les droits réels sur un meuble il en résulterait que cette survivance du droit réel sur le meuble nuirait à la facilité de sa circulation tout autant que la survivance du droit de propriété, si bien qu'en fait on s'occupe peu des droits réels autres que la propriété. L'usufruitier n'a pas plus de revendication et de complaîntes pour recouvrer le meuble que n'en aurait le propriétaire. On en peut dire autant du créancier gagiste dépossédé et même du créancier hypothécaire, dont le débiteur a perdu la possession du meuble grevé d'hypothèque. Cette règle générale qui traite de la même manière tous les droits réels et la propriété s'exprime dans le brocard célèbre : " Meubles n'ont pas de suite ". Aucune action en reprise d'un meuble dont on a perdu la possession ne peut être intentée, à titre de propriétaire ni au titre d'aucun autre droit réel. Le brocard se trouve déjà dans l'art. 170 de la Coutume de Paris : " Meubles n'ont point de suite par hypothèque, quand ils sont hors de la possession du débiteur".

La dernière partie de la formule n'a été ajoutée qu'en 1580, mais son absence ne faisait en rien à la clarté de la règle. Il ne peut en effet être question du droit de suite qu'en cas de perte de la possession. Loisel (Inst. Cout. III. 7. max. 5 à 8 et ss., Edit. Laurière, T. II, p. 75) rapporte plusieurs brocards qui ont trait à cette règle :

5 "Meubles n'ont pas de suite par hypothèque, quand ils sont hors la possession du débiteur" ; 6) Toutefois si le meuble saisi n'était payé par le débiteur, et qu'il fût saisi par celui qui le lui avait vendu il y aurait lieu de suite et préférence. 7)"Et pareillement au profit du créancier, si le saisi le vendait depuis son exécution". Voilà les trois maximes qui se rattachent à notre règle et qui réservent seulement le droit du vendeur de meuble non payé et celui du créancier saisissant sur le meuble saisi et néanmoins vendu.

Cette règle n'offre aucune difficulté pour la propriété, l'usufruit ou le gage. Il n'en est pas tout à fait de même pour l'hypothèque et c'est pour cela sans doute que l'art. 170 a été inséré à cette place.

A Rome, l'hypothèque s'applique aux meubles comme aux immeubles, et même, elle avait été originai-
rement faite seulement pour les meubles et non pour les immeubles, puisque l'hypothèque romaine apparaît d'abord comme un instrument de crédit agricole. Elle a été inventée pour permettre à un exploitant de donner en garantie réelle de son fermage, son matériel agricole et ses bestiaux. C'est là l'origine même de l'hypothèque. Elle comportait nécessairement le maintien de la possession de ce matériel et de tout bien hypothiqué aux mains de l'exploitant jusqu'à l'échéance de la dette. Il ne fallait pas priver le fermier du droit de se servir du matériel qu'il avait donné en garantie. Mais ce n'est qu'à l'échéance que le créancier, faute de paiement, était armé contre la chose donnée en hypothèque d'une action réelle, action servienne et action quasi-servienne qui permettait au créancier de se faire livrer la possession du bien hypothiqué, de le saisir et de le garder jusqu'au paiement de la dette. Depuis le moment où le créancier s'était fait mettre en possession, il était traité tout simplement comme un créancier gagiste. Il avait repris le gage dont il avait ajourné la prise de possession. Aussi à Rome l'hypothèque n'est-elle qu'un gage diffé-
ré

Enfin cette prise de gage accordée au créancier hypothécaire à l'échéance peut s'exercer à l'encontre de tout possesseur quel qu'il soit à ce moment, même à l'encontre de l'acheteur à qui le fermier aurait pendant la durée de la créance vendu son bétail. C'est pour cela qu'on donne à l'action le caractère d'action réelle. L'acquéreur du bien hypothiqué pouvait donc se trouver, du fait de l'hypothèque antérieure à son acquisition, dépouillé de son droit de pro-

priété, parfois même sans avoir connu l'existence de l'hypothèque, car l'hypothèque n'exigeait alors aucune publicité. On voit par cette courte analyse que l'action hypothécaire, au même titre et de la même manière que la revendication et l'action possessoire, nuisait en fait à la sécurité du droit du possesseur actuel et à la libre circulation du bien. On hésitait avant d'acheter un bétail, car on pouvait toujours redouter qu'il ne fut déjà hypothéqué.

Ce mécanisme de l'hypothèque romaine était bien trop délicat pour pouvoir survivre aux Invasions d'autant plus que les législations barbares ne connaissaient rien qui lui fût comparable. Dans ces législations, il n'y avait en effet comme droit qu'on put en rapprocher, comme droit réel de garantie, que le gage ordinaire, le *nampt*, seul procédé de garantie que l'on retrouve au Moyen-Age sous forme de mort-gage où de vif-gage un peu plus tard, et cela autant pour les immeubles que pour les meubles. Ajoutons que la mise en gage, dans son application aux meubles ou aux immeubles, dans le monde barbare, comportait en général transfert au créancier gageur non pas seulement de la possession, mais même de la pleine propriété, sauf promesse de la part du créancier de retransférer la propriété au débiteur gageur après remboursement de la créance garantie. Les législations barbares, à ce point de vue, en sont à peu près au stade où en était la législation romaine quand on pratiquait la fiducie. L'hypothèque romaine ne subsiste donc pas pendant la période qui va des Invasions au XIII^e siècle.

Quand revint la renaissance du Droit romain, on se reporta aux anciens errements. Pourtant peut-être bien la conception parut-elle difficile à faire accepter, il semble que ce n'est guère qu'au XIV^e siècle qu'on semble l'avoir dégagée et qu'on se prit à restaurer l'hypothèque. Nous y insisterons à propos des immeubles. Lorsque l'hypothèque réapparut au XIV^e siècle, ce fut sous forme d'une obligation générale, "obligatio generalis" grevant tous les biens du débiteur, meubles et immeubles et, même originellement, cette "obligatio generalis" avait seulement pour but de permettre la saisie et la vente de tous les biens même immeubles de ce débiteur, à une époque où cette saisie immobilière était encore peu connue. Cette "obligatio generalis" apparaît donc d'abord plutôt comme une forme supérieure d'exécution des biens du débiteur. On accepte même vers le XVI^e siècle que tout acte notarié entraînait de soi, pour en assurer l'exécution, obligation générale sur tous les

Sa disparition
au moment des
Invasions.

Renaissance de
l'hypothèque
au XIV^e siècle
l'obligatio
generalis.

biens du débiteur : les actes notariés ou authentiques entraînaient par eux-mêmes hypothèque générale sur tous les biens du débiteur. C'est là un point important, parce que le résultat de cette réglementation, si on avait conservé l'hypothèque mobilière, eut été d'instituer sur tous les meubles du contractant, quelle que fut l'exiguité de la dette, une sorte d'arrêt général lui interdisant à l'avenir d'aliéner aucun des meubles de son patrimoine, ce qui aurait notablement entravé la libre circulation des meubles qu'on désirait sauvegarder. Aucun acquéreur de meuble n'aurait consenti à courir le risque de se voir évincé du meuble sur lequel il ne pouvait savoir qu'il n'exista pas une hypothèque.

Résistance à l'
appliquer aux
meubles.

Aussi dès que l'hypothèque réapparut chez nous constata-t-on une très vive résistance à son application aux meubles. Au XIV^e siècle, Bouteiller Somme Rural L. L. Ch.25,p.228, dit l'obligation (l'hypothèque) sur les biens meubles ne contraint l'obligé que s'il demeure dans la possession de ses biens". L'obligé pourra donc, dès cette époque, malgré l'obligation générale, aliéner valablement ses meubles et celui qui les aura acquis en deviendra propriétaire et ne pourra être poursuivi. Jamais le créancier hypothécaire ne pourra exercer un droit de suite contre l'acquéreur du débiteur; l'acquéreur sera à l'abri de toute recherche de la part du titulaire de l'hypothèque.

On peut retrouver la règle dans les Décisions et Coutumes notoires de Jean Desmarest, œuvre du XV^e siècle, intéressante pour la région parisienne et reproduite dans la Coutume de Paris de Brodeau, Tome II, in fine. La Coutume notoire en question remonte à 1365 où elle fut attestée par les avocats du Châtelet de Paris. Au XV^e siècle, la même règle est confirmée par la Practica Forensis de Masuer, T.XXX .N° 9. "les meubles aliénés ne peuvent être pris ni vendus et sur eux l'hypothèque ne tombe pas". Dans Brodeau, sur l'art. I70 de Paris, on trouvera toute une avalanche de citations qui confirment l'existence du principe, notamment dans Duval, de Rebus dubiis, in fine : quod dicitur. " meuble n'a pas de suite par hypothèque, hanc habet potestatem ut non impediatur ejus rei alienatio vel traditio : l'aliénation ou la tradition des meubles ne peut pas être empêchée propter generalem bonorum vel specialem ejus rei hypothecam. Enfin la Coutume de Paris, art.I70, dit : Meubles n'ont point de suite par hypothèque. Déjà la Coutume de 1510 contenait la même formule et l'art. I70 de 1580 s'est borné à ajouter " quand ils sont hors la possession du débiteur ce qui en fait n'ajoute rien du tout.

Généralité de
la prohibition
du droit de sui-
te en matière
d'hypothèque
mobilière.

On voit donc que la règle : Meubles n'ont pas de suite par hypothèque, signifie tout d'abord que le créancier hypothécaire ne peut pas exercer son droit réel sur la chose hypothéquée, quand celle-ci a déjà été aliénée par le débiteur; le débiteur ayant en principe la faculté de l'aliéner malgré la constitution d'hypothèque. Le créancier ne peut pas se payer sur la chose au mépris du droit de l'acquéreur, du débiteur.

Si on entend le brocard en ce sens, on peut constater que la règle a été d'assez bonne heure unanimement appliquée chez nous; et jusqu'à la Révolution elle a été d'usage courant et général, non seulement en pays coutumier, mais même en pays de droit écrit : Bordeaux dans Ferron, art. 20, Tit. 8 de fandis, Toulouse : dans les arrêts de Maynard T.I.L.3. ch.8 et ss in 4°, F° 135 in fine - Dauphiné et Lyonnais. Son application n'y fait aucun doute, voyez Institutes, Argon au XVIII^e siècle, T.II.I.IV ch. 3, petit édit. in-18, p. 403. " Ce droit de suite n'a lieu que sur les immeubles; à l'égard des meubles, quoique le prix en soit distribué par ordre d'hypothèque en pays de droit écrit, néanmoins les créanciers hypothécaires n'ont point d'action contre les tiers acquéreurs, quan les meubles sont une fois hors de la main du débiteur et l'art. 170 de la Coutume de Paris qui porte que les meubles n'ont point de suite par hypothèque est reçu dans tout le royaume."

Il n'y a donc aucun doute sur la portée générale de la prohibition du droit de suite en matière d'hypothèque. Mais si cet aspect de la règle est unanimement accepté en France, il y a une autre conséquence qu'en tire parfois de la maxime et sur laquelle il y a des distinctions à faire.

En pays de coutume, mais en pays de coutume seulement, la règle "Meubles n'ont pas de suite par hypothèque" a une portée plus grande que celle que je viens de développer. Elle signifie que l'hypothèque sur les meubles, non seulement ne crée pas de droit réel ou de droit de suite au profit du créancier hypothécaire contre les acquéreurs du bien, mais que même elle ne crée pas de droit de préférence au profit du créancier hypothécaire vis-à-vis des créanciers chirographaires. C'est du droit de préférence qu'il s'agit maintenant. Ce droit de préférence dans le Midi n'est généralement pas altéré et les créanciers hypothécaires ont sur les meubles un droit de préférence réglementé comme en Droit romain, c'est-à-dire que pour la distribution des deniers provenant de la vente des meubles hypothéqués on suit la procédure d'ordre. Dans les pays coutumiers, il en est tout autrement, et

En pays de coutume la règle "meubles n'ont pas de suite" exclut également le droit de préférence.

l'hypothèque sur les meubles est totalement dépourvue d'effet. Quelques coutumes pourtant, à ce point de vue rejoignent pour leur réglementation les pays de Droit écrit : Normandie, art. 596 : " les créanciers hypothécaires ont droit de préférence sur le meuble selon l'ordre de leur hypothèque". De même en Bretagne art 231 et art. 577. En Anjou, art. 421, 490. Dans le Maine, art. 436, 494. Pour compléter cette énumération, cf. Brodeau sur art. 178. Cet octroi de la procédure d'ordre en matière d'hypothèque mobilière est la très petite exception en pays de coutume. La plus grande partie des coutumes a accepté l'interprétation extensive de la maxime qui enlève à l'hypothèque mobilière toute espèce d'efficacité.

Il convient de rappeler cette règle de l'art. 178, Cout. de Paris pour en bien comprendre toute la portée. Cet article établit un droit de préférence pour le premier saisissant sur la chose mobilière saisie. " Le créancier qui fait premier arrester et saisir valablement, ou prendre par exécution aucun meuble appartenant à son débiteur doit être le premier payé". C'est une règle acceptée dans toute la région parisienne que la saisie confère au saisissant une sorte de privilège sur la chose saisie par rapport aux autres créanciers. Ce droit du premier saisissant l'emporte sur la chose, quelle que soit la date à laquel le remonte la créance du premier saisissant. La seule date à envisager, c'est la date de la saisie. Ce privilège du premier saisissant existe vis-à-vis de tout créancier, même si ce premier saisissant se trouvait en face d'un créancier hypothécaire qui prétendrait le primer, puisque lui, créancier premier saisissant n'est que chirographaire. Pour expliquer ce droit de préférence du premier saisissant, on pouvait dire que la saisie faisait sortir le bien du patrimoine du débiteur, et l'ayant fait sortir avait pour résultat de l'attribuer au saisissant. La saisie mettait ainsi le créancier hypothécaire vis-à-vis du saisissant dans la situation où ce créancier hypothécaire se serait trouvé vis-à-vis d'un acquéreur. Ainsi par ce détournement on en arrivait à tirer de la maxime " Meubles n'ont pas de suite par hypothèque" l'extinction même du droit de préférence du créancier hypothécaire au profit du premier saisissant, le premier saisissant étant considéré comme ayant reçu attribution à titre d'acquéreur de l'objet qu'il avait ainsi saisi.

La règle qui prive même du droit de préférence le créancier qui a hypothèque sur un meuble va même plus loin. Je n'ai signalé encore que le conflit entre le créancier hypothécaire et le premier saisissant qui fait préférer ce premier saisissant. Il se peut

droit de préférence reconnu
au premier saisissant par la
coutume de
Paris.

Son exclusion
dans le cas
de déconfiture.

que ce privilège du premier saisissant soit écarté. Il en est ainsi au cas de déconfiture, où le débiteur est manifestement insolvable. Dans ce sauvetage qui peut général, la loi considère que tous les créanciers, y compris le premier saisissant, doivent être traités de la même manière et écarte son privilège. Tous seront payés au marc le franc par contribution : art. I79, I80 Paris : "Toutefois en cas de déconfiture chacun créancier vient à contribution, au sol la livre sur les biens meubles du débiteur. Et n'y a point de préférence ou prérogative pour quelque cause que ce soit : encore qu'aucun des créanciers eut fait premier saisir". Voilà qui écarte manifestement le privilège du premier saisissant; et l'art. I80 dit ce qu'est la déconfiture : "Le cas de déconfiture est quand les biens du débiteur tant meubles qu'immeubles ne suffisent aux créanciers appartenants : et si pour empêcher la contribution se met différant entre les créanciers appartenants sur la suffisance ou insuffisance desdits biens, les premiers en diligence qui prennent les deniers des meubles par eux arrêtés doivent bailler caution de les rapporter pour être mis en contribution au cas que les dits biens ne subsistent".

Voilà en gros comment est organisé le privilège du premier saisissant qui est exclu en cas de liquidation d'ensemble du patrimoine du débiteur manifestement insolvable.

En cas de déconfiture, est-ce que le droit du créancier hypothécaire sur le meuble va réapparaître ? Même dans cette hypothèse, on considère que le créancier hypothécaire sur un meuble ne peut réclamer aucun privilège vis-à-vis des créanciers qui participent à la déconfiture. Il sera donc traité comme tous les autres et payé au marc le franc. On tire cette conclusion qui écarte le droit de préférence qu'a le créancier hypothécaire même quand il n'est pas en face d'un premier saisissant : de ce passage de l'art. I79 : "Il n'y a pas de préférence ou prérogative pour quelque cause que ce soit". Ces mots "pour quelque cause que ce soit" d'après les jurisconsultes du temps sont faits pour écarter les créanciers hypothécaires, de sorte que l'art. I79 a deux buts : faire échec au droit du premier saisissant et aussi au droit de préférence du créancier hypothécaire.

Telle est la doctrine générale à cette époque. Cependant il ne faut pas aller jusqu'à dire que le texte de l'art. I79 doit être complètement pris au pied de la lettre, attendu que, en dehors des créanciers hypothécaires qui sont écartés par voie d'interprétation de cet article, il y a cependant exception à l'

Maintien du
droit de pré-
férence au pro-
fit des créan-
ciers privilé-
giés
Source : BIU Cujas

égalité entre créanciers pour les dettes dites privilégiées et non plus hypothécaires. Cette exception remonte même dans l'histoire de notre Droit assez loin, puisqu'on la trouve déjà mentionnée dans les Décisions de Jean Desmarest, Décision 368. Jean Desmarest déclare déjà en cas de déconfiture " Nul n'a prérogative ni priorité sur les sur les meubles, s'il n'y a dette privilégiée comme de garde ou de commande ou de dépôt". On trouve l'écho de cette Décision dans l'art. 182 de Paris : "Ainsi n'a lieu la contribution en matière de dépôt, si le dépôt se trouve en nature". Il y faut ajouter les deux autres cas ajoutés par Jean Desmarest cf. Orléans art. 447, même solution. Ces exceptions sont même loin d'être les seules..

Pourquoi le premier saisissant a-t-il ainsi un privilège ? Il est difficile d'en donner une explication bien certaine.

Je crois que ce droit provient probablement du temps de la saisie privée qui a été en usage pendant de longs siècles. Cette saisie privée à l'origine s'opérait exclusivement sur les meubles. Elle avait pour effet d'attribuer au saisissant de place, par simple estimation, la propriété de l'objet, sans qu'on fût obligé de procéder comme aujourd'hui à une vente publique, si bien qu'il était exact que la saisie valait transfert de propriété. La règle survécut à la transformation de la procédure d'exécution.

Il nous reste à relever les exceptions que la Coutume de Paris apporte au principe de la contribution au marc le franc au cas de déconfiture, et dont nous avons déjà signalé quelquesunes. Nous connaissons déjà le cas du vendeur de meuble non payé art. 176, 177, Coutume Paris. Le vendeur de meuble a droit à une revendication, c'est-à-dire que la Coutume lui reconnaît un droit de suite pour le paiement de son prix de vente. Il faut ajouter à cette hypothèse celle du bailleur d'immeuble visée par l'art. 171, Coutume de Paris : " Toutefois les propriétaires des maisons sises es villes et faubourgs, et fermes des champs peuvent suivre les biens de leurs locatifs ou fermiers , exécutés, encore qu'ils soient transportés, pour être premiers payés de leurs loyers ou maison et iceux arrêter, jusqu'à ce qu'ils soient vendus et délivré par autorité de justice". Cet article reconnaît, pour la garantie de son loyer, au bailleur d'immeuble et le privilège sur le prix des meubles qui garnissent l'immeuble loué et aussi un droit de suite qui lui permet de faire revenir ce meuble dans la possession de son locataire. Il fonctionne à la fois en cas de saisie du meuble par d'autres créanciers

situation du
vendeur de meu-
ble non payé
du bailleur
d'immeuble.

et si ce meuble a été aliéné à son insu par son locataire. La Coutume de Paris est, on le voit, très large dans la concession de ces droits, puisqu'elle les accorde à tout propriétaire d'immeuble rural aussi bien qu'urbain". Les propriétaires des maisons sises es villes et faubourgs et fermes des champs". Je signale cette étendue d'application du privilège parce qu'on avait tenté à Rome de faire une distinction entre la maison de ville et celle des champs, en n'attribuant le privilège qu'au propriétaire urbain ; pour la maison des champs il paraissait suffisant d'accorder au propriétaire un privilège sur les fruits de l'immeuble, lesquels appartenaient au locataire. Pour les maisons des villes, on ne pouvait donner cette assistance au droit du bailleur et on le faisait porter sur les meubles. La Coutume de Paris contrairement à cette distinction accorde ce même avantage à tous les propriétaires. Mais toutes les Coutumes n'ont pas accepté cette extension et même le Droit commun coutumier ne comporte l'octroi du privilège qu'aux bailleurs des maisons de villes. Cet art. 171 est le prototype de notre art. 2102 (4°).

Le créancier gagiste.

Enfin, toute la doctrine que je viens d'exposer relativement au droit de suite et au droit de préférence ne porte aucune atteinte au droit du créancier gagiste proprement dit, qui comporte pour son existence et pour son exercice la possession du créancier gagiste et permet au créancier gagiste de conserver jusqu'au paiement cette possession du gage et de se faire payer par préférence sur ce prix. Au cas où le créancier gagiste perdrat la possession, en principe il perdra du même coup son droit de gage, puisque nos coutumes n'organisent aucune action possessoire mobilière, à moins pourtant que cette perte de la possession ne provienne d'un fait comme le vol qui fait revivre au profit du propriétaire le droit de revendication. Dans ce cas le créancier gagiste agira en reprise de sa possession comme le propriétaire et par une action de même nature et qui se comportera de la même manière.

Voilà dans quelle mesure sont sanctionnés dans notre ancien Droit les droits réels sur les meubles. Voilà l'histoire de cette sanction. A vrai dire tout cela est à beaucoup près ce qu'il y a de plus délicat dans la théorie des droits réels sur les meubles et je n'ai pas grand chose à ajouter quant à cette théorie. Cependant il faut compléter tout cela par quelques notions rapides sur l'acquisition et la transmission des droits réels.

Le transfert de la propriété mobilière

L'étude précédente nous a montré le rôle essentiel de la possession dans la conservation des droits réels mobiliers. Il est donc naturel qu'ils s'acquièrent et se transmettent par l'acquisition et la transmission de la possession. Il en était déjà ainsi à Rome avant les Invasions barbares, où la tradition était le mode unique de transfert depuis la désuétude de la *mancipatio* et de l'*in jure cessio*.

Cet usage persista d'autant plus vraisemblablement durant la période des Invasions que dans les lois barbares la tradition est connue. C'est en effet un procédé qui se rencontre dans toutes les législations. Dans les lois barbares il est pourtant probable que, pour les meubles les plus importants, il s'ajoute parfois à cette transmission matérielle de la possession un élément tantôt public et tantôt symbolique. Ainsi la Loi Ripuaire, Tit. 59, p. 85 Ed. Sohm dit : "Si quis alteri aliquid vendiderit et empator testamentum venditionis accipere voluerit, in mallo hoc facere debet : et pretium in praesenti tradat et rem accipiat, et testamentum publice conscribatur" Il s'agit ici de la transmission de la propriété après une vente en matière mobilière (*res* : meuble). On exige pour que cette transmission soit valable, ou plutôt il est d'usage dans cette *traditio*, d'avoir soin de l'accompagner du paiement du prix et aussi de la rédaction d'un *testamentum* et de faire le tout *in mallo* c'est-à-dire dans l'assemblée du peuple. Voilà l'élément de publicité que nous annonçons. Dans la suite du texte on prend dans cet acte des témoins dont le nombre variera suivant que la chose est de grande ou de petite valeur "si magna" il y aura douze témoins et si "parva" sept témoins. On voit que l'élément essentiel de cette opération est toujours la transmission matérielle de la chose qui s'opère en public. Même ordonnance d'ailleurs pour l'immeuble au Titre 60.

La loi Salique contient autre chose que nous connaissons : c'est, en dehors même de la livraison, l'apposition d'une marque (Titre 27, N° 19) "si quis arborem, post annum quam fuerit signata, capulare praesumperit", un arbre a été marqué pour en indiquer la prise de possession. De même T. 33, §2, p. 60 "certum domesticum". Cette apposition de la marque à un arbre, à un cerf paraît être considérée comme la meilleure preuve de l'acquisition de la propriété.

La tradition
Ses formes
dans les lois
barbares

Publicité
dont elle est
entourée.

'apposition
'une marque.

Les 4 deniers.

Parfois même on y ajoute un certain cérémonial que nous connaissons déjà : par exemple la mise de quatre deniers sur la tête du servus dont on transfert la propriété, dans un texte du XI^e siècle rapporté par Thévenin dans les Textes relatifs aux Institutions de l'époque mérovingienne et carolingienne dans la collection Picard pour servir à l'enseignement de l'Histoire. N° 161, p. 228. Il s'agit d'un homme qui s'est livré lui-même en servitude. Cette tradition de l'homme, pour faire passer la propriété à celui à qui il veut se soumettre, comporte ce cérémonial : il pose lui-même les 4 deniers sur sa tête selon l'usage et celui qui lui servait de garant a reçu ces 4 deniers probablement à titre de prix fictif afin de ramener l'opération à la forme d'une vente au comptant.

Décadence de ces formalités.

Cérémonie et publicité sont allées en s'atténuant : dès le IX^e siècle (Thévenin, N° 110, p. 162) on rencontre une tradition de soi-même où il n'est plus question de ces quatre deniers (acte de 877). Il ne subsiste que la publicité et la mainmise de l'acquéreur sur le cou de celui qui l'acquiert. Même publicité dans les Formulae Senonenses Formula 9 Zoumer, p. 189. Là la traditio a lieu "ante bonis hominibus". Il ne semble pas que la réunion du mallum soit restée nécessaire ; il suffit de témoins pour attester l'acte. La décadence de ce formalisme, on en trouve encore la trace dans un Capitulaire de 809 ch. 26. Boretius I. 151, qui prohibe la traditio "in abscondito". Cette prohibition ne peut s'expliquer que par l'habitude répandue à cette époque de négliger la publicité que la loi souhaite de maintenir. Aux X^e, et XI^e siècles la traditio se rencontre toujours sans publicité et l'écrit se répand de plus en plus comme mode de preuve, mais servait surtout en matière immobilière.

Conditions pour que la traditio transfère la propriété.

Cette tradition sans publicité resta toujours nécessaire pour le transfert de la propriété et on la retrouve jusqu'à la fin de l'ancien Droit. Cette tradition qui est en fait le seul mode de transfert pratique et durable peut transférer non seulement la propriété mais aussi tous les autres droits réels conformément à l'intention des parties. La tradition de l'usufruit ne se distingue pas extérieurement de celle de la propriété si ce n'est que les parties ont limité à elle leur intention. Cette traditio n'était d'ailleurs efficace qu'autant que le tradens était lui-même propriétaire. S'il ne l'est pas, il va de soi que la tradition ne peut pas avoir pour effet d'investir l'acquéreur d'un droit de propriété que son aliérateur ne possédait pas. Mais la tradition avait tou-

de même en soi pour effet de marquer le point de départ du délai nécessaire pour faire acquérir la propriété à l'accipiens. Si le tradens n'était pas propriétaire, la propriété en effet s'acquérirait par prescription.

Conséquence de la tradition faite par un non propriétaire.

Cette tradition transfère la propriété ou seulement la détention selon l'intention des parties, propriété sous la condition que les parties l'aient désiré et à condition que le tradens soit propriétaire. Si le tradens n'est pas propriétaire, l'accipiens n'acquiert que la possession matérielle de la chose, mais nous savons déjà que cette possession sera difficile à attaquer quand l'accipiens ne sera pas un voleur, puisque le vrai propriétaire sera dans notre ancien droit, privé de sa revendication.

Les Romains en décidaient autrement et en outre protégeaient le possesseur en lui faisant acquérir la propriété par la possession prolongée. C'est le cas du possesseur qui a acquis avec juste titre et bonne foi et prétend usucaper. Cette usucaption avait été portée par Justinien pour les meubles à trois ans alors qu'avant c'était ou l'usucaption par une année ou la prescription de dix à vingt ans avec juste titre et bonne foi.

Dans le monde barbare, à l'origine, il n'y a rien de comparable à cette usucaption, au moins en matière mobilière.

D'abord la distinction même entre la possession et la propriété, si les barbares peuvent la sentir, ils n'en ont pas été pleinement conscients. Ils n'ont pas songé, comme les Romains, à protéger la possession pour elle-même, et indépendamment de la propriété en estimant que la plupart du temps elle est révélatrice de la propriété. Pourtant, d'autre part, en vue d'assurer la paix publique, on se refusait dans le monde barbare, à écouter toute réclamation en opposition avec un état de fait antérieurement détruit et que la victime aurait laissé durer trop longtemps sans s'en plaindre; quand elle avait commis la négligence de ne pas réclamer tout de suite, c'est qu'elle n'attachait probablement aucun prix à sa possession et qu'il n'y avait dès lors pas lieu de détruire l'ordre actuellement établi. Dès lors, dès qu'une année s'est écoulée depuis qu'un état de fait a été instauré, la coutume le considère comme légitime, il ne dépend plus de personne de troubler cet état de fait en invoquant un état antérieur légitime lui aussi mais détruit.

Peut-être même ce délai de légitimation d'un an, qui a été courant au moyen-âge, était-il originaiement bien plus court encore. Ainsi il y a cer-

Le délai d'an et jour.

tains savants qui estiment qu'il ne devait être originellement que de trois jours. C'est celui-là même de la menée de trace, dans la procédure de recherche de l'objet volé. Quand la menée de trace n'était plus possible, c'était peut-être qu'il n'y avait plus de revendication possible (Champeaux, *La vestitura* p. 370 et ss.) Quoi qu'il en soit de cette dernière affirmation, toujours est-il que l'existence du délai extinctif d'an et jour à l'époque historique ne peut pas être niée chez nous. On le rencontre en toute matière (Loi Salique à propos de cas très différents Champeaux p. 376 et ss.) Notez spécialement la mention de ce délai d'an et jour à propos d'un cas très discuté, celui de l'étranger qui est venu s'installer dans une villa franque, au milieu d'un clan et qui y est resté pendant plus d'un an. Pendant ce séjour personne n'a cru pouvoir réclamer son exclusion. La Loi Salique XLV de migrantibus 3 (Ed. Behneld p. 94) déclare que personne ne pourra plus, l'année expirée, réclamer son expulsion. Ce cas a été l'objet de controverses très nombreuses à propos de la propriété collective.

Son application générale au Moyen-Age.

Le même délai d'an et jour se retrouve au Ch. VII du Capitulaire de 803 de Charlemagne, à propos de la missio in bannum. Un homme n'a pas comparu en justice; ses biens ont été saisis par le roi. Cette saisie n'est que provisoire, pourvu que cet homme revienne dans le délai d'un an. S'il s'abstient, il perd sa propriété pour toujours au profit du roi.

Ce même délai intervient pour fixer la durée de l'action pénale, de l'action du contrat, la durée de l'exercice du retrait ou encore celle de l'action de la douairière, celle du co-partageant contre un partage qu'il estime inique. Ce délai est le délai extinctif général qui consolide tout état de fait persistant et s'oppose à toute recherche pour en démontrer l'illégitimité.

Ce délai, fondé en principe sur la négligence de celui qui n'a pas réclamé contre cet état de fait dont il souffre, ne court pas contre les absents, contre ceux qui légitimement peuvent ne pas avoir été dans le pays à cette époque.

En réalité les cas d'application ne sont pas encore très nombreux avant les X^e et XI^e siècles, mais depuis cette époque, ils se multiplient et au XVI^e siècle, ce délai d'an et jour est dans toutes les coutumes. Il a fonctionné pour les meubles autant et plus que pour les immeubles. C'est une institution qui s'applique à tous les biens et nous la retrouverons à propos des immeubles où son application a été beaucoup plus frappante. Depuis le XIII^e siècle, ce délai, qui

l prend a-
rès le XVI^e
siècle un
aractère de
scription
quisitive.

Rôle de la
tradition
dans l'acqui-
sition des
droits réels
autres que la
propriété.

jusque-là a été un délai extinctif, change de nature et se transforme en un délai acquisitif, en une sorte d'usucaption qui ne dure qu'un an. J'ai eu occasion sous ce dernier aspect de le rappeler antérieurement et de montrer quel a été la marche dans notre ancien droit de l'usucaption mobilière, comment ce délai d'an et jour s'est trouvé, après la renaissance du droit romain, en rivalité avec l'usucaption mobilière, telle qu'elle apparaissait dans le droit de Justinien. Je me borne à renvoyer à ce que j'ai dit sur cette histoire.

Je ne veux pas m'arrêter non plus sur le mode de transfert usité en matière de droits réels mobiliers autres que la propriété. Jusqu'à présent, nous n'avons parlé que de la propriété. Les autres droits sur les meubles sont peu nombreux et pour eux nous n'avons qu'à appliquer ce que nous connaissons déjà de la propriété.

Ainsi pour l'usufruit, il s'établit et se transmet par tradition comme la propriété, avec cette seule différence que c'est l'intention des parties qui transférera tantôt l'usufruit et tantôt la propriété par l'effet de la même tradition matérielle. La seule différence entre les deux droits, ne consiste que dans la différence d'intention.

A côté de l'usufruit nous avons le gage. La constitution d'un droit de gage au profit du créancier gagiste suppose la tradition et, autrefois comme maintenant, l'existence du droit de gage suppose toujours la persistance de la possession chez le créancier gagiste. S'il perd la possession il perd du même coup le droit d'invoquer le gage.

Reste enfin, en matière de droit réel mobilier, celui dont nous avons déjà parlé longuement, l'hypothèque dans la mesure où elle existe sur les meubles, c'est-à-dire dans le Midi, puisque au Nord on est arrivé facilement à lui enlever toute efficacité.

Cette hypothèque, elle, résulte, comme cela se produisait en droit romain, non plus de la mise en possession, mais de la simple convention, laquelle dans son application aux meubles est restée suffisante jusqu'au XVI^e siècle, alors qu'à partir de cette époque, on exige même pour l'hypothèque mobilière un acte authentique et par conséquent un écrit. Nous verrons qu'à côté de cette hypothèque conventionnelle, il s'en est créé une autre, l'hypothèque judiciaire qui naturellement résulte d'un jugement de condamnation à une somme d'argent.

Nous retrouverons tout cela bien plus utilement à propos des immeubles.

LA PROPRIÉTÉ IMMOBILIÈRE.

Arrivons maintenant à l'étude du régime de la propriété immobilière qui a une histoire plus longue et plus complexe que celui de la propriété mobilière. D'ailleurs en parlant seulement de la propriété, je m'exprime un peu inexactement, car nous envisagerons tous les droits réels immobiliers, comme nous avons envisagé déjà les droits réels sur les meubles.

J'ai déjà dit dans l'Introduction comment, à travers le Moyen-Age, le droit sur l'immeuble s'est fragmenté en une multitude de domaines distincts, qui se sont superposés, l'un à l'autre, domaines de dignité ou de contenu différents, qui forment contrast avec cette unité caractéristique de la propriété du droit romain. Des droits réels multipliés ont d'une part grevé la terre de charges réelles croissantes, au profit de bénéficiaires de plus en plus nombreux; ont chargé cette terre de redevances qu'elle a eu de plus en plus de peine à supporter, jusqu'à ce que la Révolution vint rejeter brutalement tout cet amoncellement de droits et libéra d'un coup la propriété immobilière en la ramenant à l'état simple et net où l'avait laissée autrefois le droit romain.

C'est une idée qu'il faut toujours avoir à l'esprit, car elle domine toute cette histoire. Tout ce mouvement d'asservissement de la terre au Moyen-Age, qui a duré pendant près de dix siècles, a permis d'intéresser à sa bonne culture toute une population inférieure qui se trouvait jusque là sans racine. Elle a permis de lui donner sur la terre une assiette stable, en la faisant bénéficier à chaque génération du travail de ceux qui l'ont précédée et en lui permettant d'améliorer jour par jour sa condition; en lui permettant de gravir un à un, au rythme des forces de chacun, tous les échelons qui la séparaient du dominus devenu le seigneur. Elle a permis ainsi d'instaurer peu à peu dans notre population une égalité sociale réelle, fruit d'une très belle constance dans l'effort régulier. Tout cela touche autant au droit public que privé. Aussi, laissant désormais de côté toutes ces transformations sociales, qu'il ne faut pas oublier, efforçons-nous maintenant de nous instruire de l'organisation technique de cette propriété et de l'histoire de ce progrès depuis le monde romain jusqu'à nos jours.

Il convient que nous recherchions d'abord:

1° - Quels droits divers et multiples ont porté sur les immeubles, quel a été le caractère propre à chacun d'eux, son utilité pour l'ayant-droit; 2° - Quelles sanctions communes ou différentes ont été accordées à ces droits.

Enfin, 3°, le régime de leur acquisition et de leur transmission.

Voilà le pays nouveau que nous allons parcourir.

I.

LES DIVERS DROITS PORTANT SUR LES IMMEUBLES.

Les alleux.

Il y en a une première catégorie qui constituait une exception de plus en plus étroite, dans la France du Moyen-Age, qui correspondait beaucoup plus au passé qu'au mouvement technique foncier que nous étudions. Cette première catégorie de droits, ce sont les alleux.

Vous savez qu'à partir du X^e siècle s'établit chez nous un régime foncier de concessions superposées issues tant du bénéfice carolingien que de la précaire et dans chacune desquelles le concédant conservait, malgré l'abandon consenti de la terre au jour de la concession, un droit éventuel de reprise de la terre, la terre restant à chaque concession responsable vis à vis du concédant de l'exécution de certaines obligations assumées par le concessionnaire et dont la terre était regardée comme garante. Ce régime de concession, qui est le grand fait de tout le Moyen-Age, de concessions superposées, se substitue peu à peu au régime romain ancien de propriété indépendante qui n'admettait au profit de l'aliénateur la survie d'aucune espèce de droit réel.

L'état de choses romain se trouvait donc en opposition complète avec celui que la force des choses a établi chez nous à partir du XI^e et XII^e siècles. Ce grand changement qui fait reposer la propriété sur la concession et grève la terre de droits superposés ne s'est opéré que lentement, au gré des circonstances. De l'ancien régime romain, pendant longtemps, parfois jusqu'à la Révolution, il subsista au milieu de la masse des terres envahies par le régime féodal de la concess-

Le régime de concession superposée de terres au Moyen-Age.

Caractère anormal de l'alleu.

sion, des flots de l'ancienne propriété. C'étaient ces flots, véritables survivances d'un monde disparu, qu'on appelait les alleux, et qui avaient pour trait particulier de n'imposer comme rançon de la possession aucune obligation personnelle à la charge du possesseur. Le possesseur était un propriétaire libre, affranchi de toute subordination, de toute survivance vis à vis de celui qui lui avait cédé la propriété.

Les alleux constituent donc la première catégorie des propriétés foncières. Si ces alleux ont résisté au puissant mouvement qui entraînait alors hommes et choses vers le régime nouveau des concessions subordonnées et superposées, elles n'ont pas pu ne pas perdre, à chaque nouvel assaut du courant, quelque chose de leur autonomie originale. Si bien que leur histoire n'est que la narration d'une abolition continue de tous les traits qui, dans le monde romain maintenaient l'autonomie de l'exploitation. On la trouvera bien racontée pour chacun des différents groupes de provinces dans l'étude de Chénon: Histoire des alleux, Paris, 1888. Il existe au XIII^e siècle, dans la région parisienne encore bon nombre d'alleux, dont la plus grande partie appartient aux églises; ces alleux constituent encore un fond assez important de tout le Parisis, vous en aurrez un excellent tableau dans Olivier-Martin, Etude sur la Coutume de Paris (T.I. p. 219 et ss.). Parmi ces alleux, il y en a même qui sont d'une grande importance, puisqu'ils comportent parfois droit de justice. Ce fut une question incertaine et fort discutée que de savoir comment classer ces alleux dans les diverses catégories qu'on avait peu à peu établies.

Difficulté présentée par l'alleu quant à la classification en terres nobles et roturières.

Car les caractéristiques qui se trouvaient à la base de ce classement dans les terres communes manquaient ici. Ainsi il y avait des terres nobles et des terres roturières. De quelle sorte étaient les alleux ? On comprit la difficulté de la question si on se rappelle qu'à cette époque les terres nobles sont celles qui sont tenues à des services nobles, les roturières n'étant tenues qu'à des services pécuniaires. Or, les alleux ne doivent aucune espèce de services. Ils sont en dehors de la classification et cependant il était utile d'arriver à les y faire rentrer, car la législation des biens nobles et celle des biens roturiers ne sont pas les mêmes. Ainsi la succession des biens roturiers se partage également, tandis que pour les biens nobles, la succession appartient par privilège à l'ainé. Il fallut bien dire comment on réglerait la dévolution de la succession des alleux et bien d'autres choses analogues. Cet exemple suffit à montrer la difficulté qu'avaient les alleux à vivre comme en marge du monde qui les entourait.

Il y a donc alors, dans le Parisis notamment, un nombre appréciable d'alleux et à propos desquels ne peuvent pas ne pas naître bien des difficultés. Aussi s'efforce-t-on, dès cette époque ancienne, à rapprocher autant qu'on le peut les tenures divergentes et à assimiler autant qu'on le peut, quant à leur régime juridique les alleux et les tenures de concession.

L'idée de concession pénétra d'ailleurs assez facilement dans l'alleu, par sa base. Cet alleutier eut souvent besoin de recourir pour tirer parti de son alleu à la forme usuelle de concession, de morceler son alleu, de le constituer sous forme de fief à un ou à plusieurs vassaux, ou bien pour l'exploiter de le concéder à titre de censive.

Le régime féodal dut donc pénétrer de bonne heure dans l'alleu de cette manière subordonnée; il n'y eut bientôt plus pour former disparate que le domaine éminent de l'alleutier qui se concevait sans supérieur au-dessus de lui.

A partir du XIV^e siècle, tout un travail juridique tendit à faciliter le progrès de cette absorption. Indépendamment de ce fait que bien des alleutiers dans l'embarras se subordonnèrent de plein gré à des seigneurs plus puissants dont ils devenaient les vassaux, tout un mouvement juridique dissocia de plus en plus l'alleu pour le rapprocher par fragments du régime féodal et arriva parfois à le faire totalement disparaître.

Au XIV^e siècle, on distingue l'alleu qui possède un droit de justice et celui qui n'en possède pas. Celui qui possède un droit de justice pouvait bien prétendre rester indépendant, mais l'autre n'était pas autorisé à réclamer son indépendance complète puisqu'un autre exerçait la justice sur son alleu. On en vint ensuite à se dire que, quand un justicier exerçait la justice sur un alleu, il était naturel de penser que l'alleu lui était subordonné non seulement pour la justice mais aussi pour la propriété. On distingua donc d'abord l'alleu pleinement indépendant qui exerçait lui-même à son profit le droit de justice et l'alleu subordonné au point de vue de la justice et qui inclinait à le devenir au point de vue de la propriété.

C'est dans cet esprit qu'on appliqua dans certaines de nos régions la maxime "Nulle terre sans seigneur", ce qui signifiait alors qu'il n'y avait pas un alleu sur lequel ne dut s'exercer un droit de justice, celui de l'alleutier si celui-ci est investi de la justice, ou à défaut celui du seigneur voisin justicier commun de toute la région.

Puis on édifi^z une autre distinction entre

ouvement
juridique
tendant à
faire rentrer
l'alleu dans
le système
de la pro-
priété féo-
dale.

istinction
suivant que
l'alleu pos-
sède ou non
le droit de
justice.

Efforts de la royauté pour appliquer à l'alleu le droit d'amortissement ou de franc fief.

alleu noble et alleu roturier. Cette distinction fut établie au profit de la fiscalité royale. On sait qu'à un certain moment la royauté interdit aux roturiers l'achat de fiefs. En même temps, elle concédait que cette acquisition par un roturier pourrait avoir lieu moyennant paiement au roi d'un droit de franc fief. Il en était de même au point de vue du droit d'amortissement. Les officiers royaux se demandèrent s'il ne convenait pas d'interdire aux roturiers les alleux nobles pour la même raison que les fiefs et pour lever cette interdiction de recourir à un droit semblable au droit de franc fief et au droit d'amortissement au profit du roi. Pour cela il fallait que l'alleu fut considéré comme un bien noble et les officiers royaux s'efforcèrent de qualifier de bien noble le plus grand nombre possible d'alleux. Les Ordonnances qui se réfèrent à cette question datent des XIV^e et XV^e siècles, Charles V 1370. Ordonnances du Louvre t. V p. 363. Lettres du duc d'Anjou et de Charles V, Avril 1370. Ord. du Louvre t. V 284; On arriva à ce point de vue à une transaction. Devant la résistance des alleutiers, la royauté décida que sur l'alleu même noble on percevrait bien un droit de franc fief ou d'amortissement, mais moins élevé que sur un simple fief. Les ordonnances établissent le tarif.

Ce mouvement d'absorption de l'alleu dans le régime de concession se poursuivit ainsi aux XIV^e et XV^e siècles. La rédaction des Coutumes au XVI^e siècle confirma les solutions indiquées: désormais on considère comme acquis que tout alleu est subordonné à la justice et que tout alleu doit être classé parmi les alleux nobles ou les alleux roturiers.

La question preuve de l'allodialité.

Les Coutumes font déjà état de ces solutions, mais la lutte continua sur un terrain un peu différent. Les concessions de fief remontaient si haut qu'il était souvent difficile d'en présenter le titre original. On n'en avait pas; on vivait sur une tradition qui n'avait généralement pas laissé de trace écrite. En cas de procès, celui-là triomphait, à défaut de preuve écrite, au profit de qui existait une possession le dispensant de toute autre preuve. A l'inverse celui-là se trouvait dans une dangereuse posture de qui on pouvait exiger qu'il fit la preuve du droit qu'il réclamait. On discuta donc à partir de ce moment à qui devrait légalement incomber la charge de la preuve, qui, à défaut de toute espèce de preuve, serait considéré comme ayant raison.

Au Midi, imprégné de droit romain, on considéra que, le droit commun étant la liberté des terres, toute terre doit être considérée comme indépendante jusqu'à preuve contraire. C'était donc au seigneur qui prê-

Application dans le Midi de la règle "Nul seigneur sans titre".

Pays admettant la maxime "nulle terre sans seigneur" avec ou sans possibilité de faire la preuve contraire.

Caractéristique de l'alleu en ce qu'il est libéré des droits de mutation.

tendait se subordonner l'alleu à démontrer que cette subordination dérivait d'une convention: Nul seigneur sans titre (Dauphiné, Languedoc, Gascogne, Limousin, Auvergne, Lyonnais, Bourbonnais, Nivernais, Bourgogne et même en Champagne, Barrois, Lorraine.) En somme les pays où s'applique la règle, sont presque tous les pays du Midi et une partie de l'Est.

A côté de ces pays d'alleux, il y en avait deux autres catégories.

A côté de ces coutumes, d'autres, du Centre, Nord et Ouest et même quelques provinces méridionales, considéraient que la subordination de la terre constitue le droit commun. La présomption applicable à l'alleu est donc qu'il n'y a pas de terre sans seigneur; c'est-à-dire que c'est à la terre à rapporter la preuve de son affranchissement. Il en était ainsi dans l'Agenois le Quercy, le Périgord, la Saintonge, et l'Angoumois pour le Midi; dans l'Île de France, l'Orléanais; le Poitou, l'Anjou, le Maine et la Normandie pour l'Ouest, enfin dans l'Artois, la Picardie, le Vermandois et le Hainaut pour le Nord. On y admet la maxime: "nulle terre sans seigneur".

Enfin une troisième espèce de régions qui n'a qu'un domaine moins étendu et qui ne comprend que la Bretagne, le Dunois, le comté de Blois, le Beauvaisis, le Valois et le Boulonnais au Nord, étaient encore plus favorables à la subordination de la terre que celles de la deuxième catégorie en ceci que non seulement elles appliquaient la maxime "Nulle terre sans seigneur", mais même qu'elles rejetaient la possibilité de l'alleu. Même si on rapporte la preuve de l'affranchissement de la terre, fut-elle même éclatante, elle n'entraîne pas la libération de la terre vis-à-vis du suzerain. Si celui-ci a renoncé expressément à sa mouvance, sa renonciation supprime seulement le degré auquel appartient le suzerain renonçant, de sorte que la supériorité est attribuée au suzerain supérieur qui existe toujours ne fut-ce que le roi.

C'est l'étude de ces divergences au sujet de la présomption applicable qui occupa les trois derniers siècles de notre droit et y prit une ampleur inattendue.

Au début du XVII^e siècle, Loisel donne déjà, Maximes L. II ". I m. 19 de l'alleu la définition suivante "Tenir en franc-alleu est tenir de Dieu, tant seulement; fors, quant à la justice".

Il réservait donc sur tout alleu ce reste de subordination consistant dans le droit de justice. A la même époque, la Coutume d'Orléans de 1583 art. 255, disait de même, mais en termes plus explicites qui indi-

quent la conséquence de cette définition: "franc aleu est héritage tellement franc qu'il ne doit fonds de terre (c'est-à-dire aucune redevance féodale) et n'est tenu d'aucun seigneur foncier et ne doit saisines, desaisines ne autre servitude quelle que ce soit. Mais quant à la justice, il est sujet à la juridiction du seigneur justicier et se doit partir comme héritage censuel, sinon qu'il y ait fief, justice ou censive mouvans de lui; auquel cas, il se partira comme le fief". Il est donc affranchi notamment de la cérémonie de la foi et hommage. L'alleu n'est non plus soumis à aucun des profits usités à l'occasion de l'aliénation d'une censive ou d'un fief. On discutait cependant, dans un domaine tout à fait voisin, sur le point de savoir si le seigneur justicier n'avait pas néanmoins, bien que la terre fut affranchie de tout profit de mutation, le droit d'exiger des alleutiers de sa juridiction une déclaration écrite correspondant en l'espèce à ce qu'est dans la théorie du fief l'aveu féodal. Le seigneur justicier réclamait parfois cet aveu pour l'insérer dans son terrier et le conserver comme preuve de l'étendue de son ressort. Certains, exigeaient même que l'alleutier produisit les titres établissant l'étendue de son domaine, mais l'exigence n'allait pas au-delà. Aucun droit de mutation n'était exigé et encore cette demande de la présentation de titres n'était-elle connue qu'en Bourgogne, Maine 153, Anjou 140. Cette obligation à une déclaration écrite n'était admise à Paris par Dumoulin qu'au profit du roi (Commentaire sur l'art. 46 de Paris n° 4).

Tel était l'état des choses en France au début du XVII^e siècle: division en trois régions bien distinctes et l'alleu y différant de la censive et du fief surtout en ce qu'il était affranchi des droits de mutation.

Jusque-là, la controverse a été surtout menée par les seigneurs qui avaient bataillé contre l'alleu afin d'agrandir le ressort de leur domination. Au cours du XVI^e siècle, non seulement, dans les réunions en vue de la rédaction des Coutumes, mais même aux Etats de Blois, 1577, les seigneurs tentèrent un dernier et supreme effort pour faire consacrer par les Etats, c'est-à-dire pour tout le royaume la règle admise dans la dernière catégorie de coutumes: "Nulle terre sans seigneur", c'est-à-dire pour faire de toute la France un pays où il faudrait rapporter la preuve de la libération de la terre pour pouvoir prétendre à l'alleu. Aux Etats de 1577 les seigneurs furent battus le 30 Janvier.

Il semble donc bien que pendant toute cette période la royauté avait été plutôt favorable aux subordonnés. Elle avait parfois même expressément reconnu

Prétentions
des sei-
gneurs aux
Etats de
Blois, le
roi est fa-
vorable aux
alleutiers.

l'alleu, dès 1250 en Languedoc, en 1483, puis en 1501; en Dauphiné en 1349, 1381 et même tout récemment (et la raison avait été invoquée contre les seigneurs en 1577) par une Ordinance d'Henri II du 15 Janvier 1555. La lutte se termina en laissant à l'alleu une parcelle de son indépendance; cette demi-satisfaction a même été obtenue par la faiblesse de la royauté. Mais c'est fini. Les seigneurs n'obtiendront plus rien.

Puis, tout à coup, au début du XVII^e siècle, la lutte relative à l'alleu reprit, menée cette fois non plus par les seigneurs mais par le roi lui-même et à son profit. Voici dans quelles circonstances cette lutte nouvelle apparut.

Les coutumes rédigées ne distinguent pas en réalité entre les seigneurs et le roi en matière d'alleu: la condition de l'alleu apparaît la même vis à vis de l'un et des autres. En conséquence, dans les régions où l'alleu était le droit commun et où l'alleu était admis sans aucune preuve, c'est-à-dire dans les pays où "Nul seigneur sans titre", le roi comme tout autre seigneur était tenu pour prétendre à une mouvance, de prouver l'existence à son profit d'un titre de concession. Le roi de France pouvait sans doute bien en principe, même dans ces régions comme dans tout son royaume, prétendre à un droit supérieur de juridiction et de ce chef dire qu'il n'y a pas d'alleu affranchi de cette juridiction, que toutes les justices lui étaient soumises, mais il n'était pas plus qu'un autre seigneur fondé à réclamer la propriété de l'alleu, c'est-à-dire le domaine direct. Au moment même où la question se posait pour le droit coutumier, Dumoulin pour le Centre disait: "le roi lui-même n'est pas fondé à se dire propriétaire ni seigneur universel des choses des particuliers, sauf quant à la justice et à la protection". (Dumoulin sur Paris n° 5 et 6). A cette époque le Parlement de Paris statuait dans ce sens par trois arrêts de 1604, 1608, 1624, rendus contre le Procureur du roi, qui exigeaient de la part du Procureur du roi la preuve des droits seigneuriaux qu'il réclamait au nom du roi dans la Coutume de Vitry (Cf. La Thaumassière pp. 13 et sq.)

De même, et un peu plus tard, dès 1617, devant le Parlement de Bordeaux, et deux ans après, en 1619, la question fut évoquée devant le Grand Conseil où se déroula la même demande à propos de la Guyenne, à l'occasion du profit des lods et ventes au cas d'aliénation de l'alleu, profits qui révèlent la propriété supérieure de celui qui les réclame. Le Grand Conseil qui avait évoqué l'affaire crut pouvoir déclarer

Au XVII^e. s.
le Roi reprend
à son profit
les prête-
tions des sei-
gneurs contre

les alleux.

cette fois que les lods et ventes étaient dus au roi pour les alleux sans que le représentant du roi fut obligé de faire aucune preuve de la subordination de la terre. C'était l'opposé de ce qui avait été antérieurement décidé. La population protesta et c'est alors qu'un texte officiel inséré au Code Michau, dû au Chancelier Michel de Marillac, parut en Juin 1629; l'art. 383 renversa ouvertement au profit du roi, la présomption de liberté antérieurement reconnue au profit de l'alleutier dans une grande partie de la France. "Tous héritages relevant de nous, en pays coutumiers ou de droit écrit, sont tenus et sujets aux droits de lods et ventes, quints et autres droits ordinaires, selon la condition des héritages et coutumes des lieux. Et sont tous héritages ne relevant d'autres seigneurs censés relever de nous". Toutes les fois que le seigneur ne percevrait pas les droits et profits de lods et ventes ou de quint, c'était donc le roi qui désormais pourrait les percevoir, parce que ces terres ne relevant, pour la propriété, de personne étaient censées relever de lui.

C'était exprimer formellement la doctrine qu'on appelle très vite doctrine de la directe royale universelle, le roi se prétendant investi d'un droit de domaine direct et éminent sur toutes les terres de son royaume, et cela, même dans les pays allodiaux comme ceux du Midi.

Les parlements s'émurent et protestèrent (Dijon, Grenoble, Toulouse, Bordeaux). Et même Paris refusa d'appliquer le Code Michau au moins dans les régions de son ressort qui appartenaient au droit écrit. La question était ainsi posée fort nettement et fut relevée avec une assez grande vivacité. Pourtant, on sait que le Code Michau resta lettre morte: l'émotion se calma. Ce n'était pas pour longtemps. La doctrine avait été saisie de la question par le texte de l'Ordonnance; la controverse continua entre juristes, notamment entre Galland favorable à la directe du roi et P. Caseneuve de Toulouse qui, en 1640, publia un livre célèbre sur l'alleu. La royauté, voyant la question agitée, continua à maintenir ses prétentions et l'Edit d'Octobre 1658 les confirma pour le Dauphiné. En 1667, la royauté prit une nouvelle offensive en Languedoc qui se termina par un arrêt du 22 Mai 1667, où le roi n'admettait la présomption d'allodialité que pour des aller-roturiers mais maintenait sa prétention à la directe pour l'alleu noble. C'était une tentative de transaction.

On discuta sur la portée exacte de cette transaction et pour fixer le domaine d'application de

Le code Michau
et la théorie
de la directe
royale univer-
selle.

la concession faite par la royauté. Un Edit, Août 1692 modifiant l'attitude de la royauté prétendit établir juridiquement dans son préambule, et restaurer pleinement dans ses applications, la directe royale. Mais tout en maintenant son droit à la directe, la royauté accordait aux alleutiers la faveur de confirmer, s'ils le voulaient, leur franchise et leur liberté antérieures à condition de prendre du Roi des Lettres individuelles moyennant l'abandon du revenu d'une année de la terre. La prétention du roi n'avait plus qu'un caractère fiscal.

Les pays allodiaux protestèrent encore. Les jurisconsultes tentèrent de combiner les deux transactions et de soustraire à la nécessité de cette finance les alleux roturiers en n'en soumettant que les alleux nobles tenus à se racheter et considérés comme normalement soumis à la directe royale.

La lutte se poursuivit, avec des alternatives variées suivant les régions et n'était pas tranchée quand advint la Révolution. Celle-ci proclama l'allodialité (Décret du 11 Août 1789) et trancha la question en faveur des populations.

Telle est cette longue lutte menée successivement par les seigneurs puis, quand ils sont au bout de leur effort, par la royauté elle-même à son profit.

J'ai parlé de la distinction qu'on établit entre alleu noble et alleu roturier. Elle remonte assez haut par son origine, puisque nous avons déjà constaté quelques tentatives pour l'établir même avant le XVI^e siècle. Il convient d'ajouter quelques brèves notions sur ce point.

La portée de la distinction se fixa durant les derniers siècles. A Paris, l'art. 68 comme à Orléans, l'art. 255 déclarent que "l'alleu noble est celui qui a justice, censive, ou fief mouvant de lui". Tout autre alleu est roturier et l'intérêt à cette époque de savoir si l'alleu était roturier ou noble réside dans les règles du partage de succession. Il est probable que pendant longtemps pour les successions de tous les alleux sans distinction on a conservé le principe du partage égal qui est la règle commune pour les terres roturières. En effet, la règle du partage inégal ne fut consacrée à Orléans qu'en 1583: la rédaction de 1509 contient au contraire le partage égal pour tous et cette règle de partage égal subsista même plus tard dans certaines autres coutumes, jusqu'à la Révolution (Châlons 165). Mais généralement, dans la plupart des coutumes rédigées, on admis que les alleux nobles se partageraient suivant les règles des successions nobles, c'est-à-dire admettraient

Distinction
des alleux
nobles et
roturiers.

Son intérêt
au point de
vue successo-
ral.

au point de vue honorifique et du droit féodal.

le droit d'ainesse.

Un autre intérêt de la distinction fut qu'il alleutier noble jouit de tous les priviléges honorifiques attribués à la propriété féodale, notamment du droit de chasse qui n'appartient pas par conséquent à l'alleu roturier.

De même, alors que tous les propriétaires d'alleu pouvaient autrefois, alors que cette distinction n'existaient pas, inféoder à leur gré ou donner à censive une parcelle de leur alleu, quand la distinction fut établie cette faculté fut réservée aux seuls alleutiers nobles (Meaux 191). Cette règle était acceptée dans toutes régions qui connaissaient la distinction entre l'alleu noble et l'alleu roturier.

Enfin, on a vu l'importance donnée à cette distinction au XVIII^e siècle, dans la grande querelle relative à la directe royale.

Voilà l'histoire de l'alleu. Il est la dernière survivance de la propriété libre romaine, si réduite que soit devenue cette liberté.

Ces alleux étaient dans l'ensemble relativement peu nombreux. La forme nouvelle et courante de la propriété au Moyen Age, c'est la propriété concédée ou le domaine divisé.

LE DOMAINE DIVISE.

Il nous faut pénétrer dans cette propriété concédée.

La propriété concédée suppose que sur une même terre et à un même palier hiérarchique, il existe toujours, au lieu d'un seul droit réel de propriété appartenant au dominus, deux droits réels complémentaires l'un de l'autre, l'un reconnu au concédant le suzerain, l'autre attribué au concessionnaire, le vassal. Le premier porte le titre de domaine direct et le deuxième celui de domaine utile. Chacun a une importance respective qui a varié dans le temps et les deux domaines réunis représentent dans leur ensemble, un peu gonflés d'éléments de souveraineté, l'ancien domaine romain. Ce système de concession, à le regarder dans son ensemble, est révélateur d'un grand esprit de tradition. C'est cet esprit, si répandu dans toute notre ancienne France, qui dissuade le concédant de rompre à tout jamais avec le passé par une aliénation complète de la terre sur laquelle il a vécu. Il ne peut pas se séparer à tout jamais d'elle et veut même, quand il l'aliène conserver quelque lien avec elle.

Le domaine utile et le domaine direct.

Ce domaine divisé suppose aussi un état social de grande inégalité en même temps que de cordiale familiarité, qui d'une part ne permet pas au concédant de secouer cette idée que le concessionnaire reste toujours malgré son acquisition comme le serviteur du concédant et que d'autre part, même après la concession, ce concessionnaire reste toujours sur la terre de son concédant, dans le compagnonnage de celui-ci, dans sa famille, dans sa mesnie.

Enfin ce sont peut-être toutes ces circonstances qui ont fait chez nous que ce domaine divisé, morcelé a été, en même temps, un instrument d'égalisation, grâce à la multitude de degrés qu'il a offerts, à l'accession sociale des classes inférieures.

Ces concessions ont été elles-mêmes très diverses, ont eu des buts variés, des applications multiples, mais chez toutes, quelle que soit la consistance même du droit du concédant ou du droit du concessionnaire, l'organisation technique de chacun de ces droits réels est restée, dans ses différentes applications, sensiblement la même. De sorte que quand on veut étudier ce régime foncier cet état de choses comporte qu'on examine deux choses distinctes. Dans une Première Partie nous dégagerons le tableau des différentes sortes de concessions usitées chez nous, des différentes espèces de droits directs et utiles qu'on y rencontre. Les droits du concédant et du concessionnaire ont varié dans chaque espèce, c'est une partie surtout descriptive mais indispensable pour voir la physionomie du pays de France pendant cette longue période, puis deuxièmement, le droit réel ayant sensiblement les mêmes allures techniques, qu'il soit le soutien du domaine direct ou du domaine utile, nous étudierons l'organisation technique du droit réel, tant au point de vue de sa constitution, de sa transmission et de son extinction qu'au point de vue de son contenu et de ses sanctions.

I.

Concessions en usage.

Parmi ces concessions, il en existe deux espèces assez différentes, d'abord les concessions faites à charge par le concessionnaire de prêter au concédant des services nobles (service militaire, service de cour de justice et de conseil). Le type en est le fief.

La deuxième comprend les concessions fai-

tes à un exploitant à charge par le concessionnaire de cultiver la concession et de fournir au concédant des services roturiers ou pécuniaires, en nature ou en argent. On désignait dans notre ancien droit cette forme de concession en disant que c'était mettre sa terre en gaignment. Le type c'est la censive, dont il faut rapprocher l'emphytéose. Nous verrons comment dans les différentes provinces ce type s'est nuancé de manière extrêmement variées et comment il a donné naissance à des tenures secondaires comme le bail à rente foncière et les autres formes de rentes.

I. Tenures féodales.

Traits caractéristiques du fief.

Définition du fief.

Le fief est à l'origine une concession de terre, (pouvant plus tard s'appliquer à un droit incorporel immobilier quelconque, à une fonction publique), faite par un suzerain concédant à un concessionnaire, le vassal et qui comporte l'octroi au vassal sur la terre concédée d'un domaine utile moyennant promesse du vassal au suzerain de sa fidélité personnelle. Cette fidélité a été analysée peu à peu en la prestation de services d'ost de cour de justice et d'aide. Ces services nobles grèvent d'abord le vassal qui est tenu personnellement de les prêter, mais ils grèvent aussi la terre concédée et prennent, à cause de cela, un caractère réel. Cette persistance du droit réel accordé au domanier direct se traduit par la réserve au profit du suzerain au cas où les services ne seraient pas ou mal prestés par le concessionnaire, du droit de reprendre à titre de sanction la possession du bien concédé et d'en enlever provisoirement ou définitivement, suivant la gravité du manquement, la jouissance au vassal coupable.

Les services qui y sont attachés.

Le même droit de domaine direct permet au suzerain d'exercer sur la terre donnée en fief un contrôle quant à son aliénation entre vifs ou à cause de mort. Le suzerain est intéressé à ce que son fief soit aliéné à un homme capable de fournir les services qui ont été promis. On admet dès lors que l'aliénation faite par le vassal de son domaine utile n'est jugée légitime et accomplie que s'il a obtenu le consentement exprès ou tacite du suzerain, et que le suzerain a couru à la mise de l'acquéreur en possession de la chose.

En nous plaçant au seul point de vue du droit privé et des droits réels que celui-ci reconnaît, nous devons laisser de côté dans tout ceci la consis-

tance même des obligations imposées au vassal, car elles rentrent plutôt dans le droit public. Nous devons nous en tenir à la simple réaction que l'inexécution de ces obligations peut provoquer sur la possession de la terre, aux sanctions reconnues au suzerain pour assurer l'exécution de ces obligations et au contrôle de l'aliénation. Pour le contenu de ces obligations, il suffira de se référer aux notions qu'on a données en Première Année. Cependant, il est indispensable de rappeler que ces obligations, originai-
rement destinées à assurer la paix publique extérieure et intérieure, ont peu à peu perdu la plus grande partie de leur intérêt. Au XV^e siècle, devant l'inefficacité du service féodal, de nouveaux organismes, l'armée, la justice, l'administration royale ont donné autrement satisfaction à ces besoins publics. Dès ce moment, le droit du suzerain à ces services et le domaine direct qui en assure l'exécution auraient dû disparaître, puisque ces services devenaient sans utilité et qu'il n'importait plus à l'utilité publique qu'on leur donnât une sanction. Vous savez qu'il n'en fut rien et que la survivance formelle de ces obligations continua à servir de base au domaine de supériorité du suzerain et à se traduire à son profit par des redevances désormais pécuniaires ou profits, jointes à quelques satisfactions purement honorifiques. Si bien que la seigneurie directe au XVIII^e siècle n'est plus, au dire de Pothier qu'"une seigneurie purement d'honneur". (Introdⁿ à la Cout. d'Orléans, Titre des fiefs, n° 8 p. 98 éd. in 18). Vidée de son contenu utile, elle a perdu son ancien prestige; le domaine utile apparaît alors singulièrement plus substantiel et c'est sur sa tête que la Révolution a reconstitué la propriété intégrale que le Droit Romain pratiquait.

Je ne veux examiner dans le fief que les règles qui ont trait au droit réel tant du suzerain (domaine direct) que du vassal (domaine utile).

La concession de terre qui résulte du fief n'était que la rémunération des services que le concessionnaire devait fournir au concédant. Le droit réel du concessionnaire qui était accordé en vue de l'exécution des services du fief était garant de leur bonne exécution. Il devait donc disparaître si les services n'étaient pas prestés. Le suzerain pouvait alors, par un acte de sa propre justice, reprendre du fief possession temporaire ou même définitive par application de son droit de commise ou de saisie. Il y a donc eu une sanction réelle des obligations nées de la concession de fief.

Indépendamment de ces sanctions, le do-

Droit pour
le suzerain de
reprendre le
fief si le
vassal manque
à ses devoirs.

Caractère intransmissible et viager du fief.

Introduction de l'hérédité par la pratique de la confirmation de la concession aux héritiers.

Admission plus difficile de l'aliénation entre vifs.

maine utile du vassal n'est en principe aliénable par lui qu'autant que cette aliénation ne peut pas nuire à la bonne exécution des services dus au suzerain. Or, on n'est jamais sûr que cette aliénation ne puisse nuire à la bonne exécution des services, car on n'est jamais sûr que les services qui seront prestés par un autre que le vassal auront la même valeur et la même efficacité que ceux du vassal. Il faudrait que le suzerain fut sûr d'avoir après l'aliénation mis la main sur un homme de même qualité physique et de même fidélité que son vassal. Aussi la concession de fief était-elle à l'origine purement personnelle, intransmissible et viagère. La question d'aliénation ne se posait même pas à l'origine puisque l'aliénation n'était pas permise.

Toutefois, de très bonne heure, l'usage se répandit que le suzerain consentît à maintenir la terre après la mort de son vassal aux mains des enfants de celui-ci ou tout au moins de ceux qui, parmi ces enfants, semblaient capables d'assurer un bon service du fief, par exemple de l'aîné ou de tout autre sur qui il ferait plus de fond au point de vue de la fidélité. De là des coutumes variées de dévolution héréditaire du fief dont chacune était conforme à l'état d'esprit habituel de tous les ressortissants de la coutume. L'usage créa peu à peu au profit du successible un véritable droit au fief, contre lequel la volonté contraire et accidentelle du suzerain devint de plus en plus impuissante. C'est ainsi que s'introduisit la transmissibilité héréditaire du fief.

On peut suivre tout ce mouvement dans le beau livre de Guilhiermoz sur "l'origine de la noblesse," Picard Edit. 1902 pp. 197 et sq. Ad. Olivier-Martin Coutume de Paris I p. 230.... On s'accorde en général à penser que dès le XI^e siècle, l'hérédité du fief n'est plus contestée, quelle que soit la variété des règles coutumières de la dévolution.

Quand la transmission héréditaire du fief eut été généralement acceptée, le progrès vers la patrimonialité du fief continua et mena à autoriser le vassal à aliéner entre vifs son fief. Cette faculté était moins nécessaire. Pour que le vassal fut amené à l'envisager il fallait, ou bien qu'il fut désormais incapable de faire le service. Le plus simple était qu'il rendît le fief au suzerain, pour que celui-ci fit choix d'un nouveau vassal plus apte au service, ou bien que le vassal personnellement apte au service fût trop pauvre pour pouvoir à la fois s'équiper et vivre de son fief. En ce cas il inclinait volontiers à faire argent de son fief. C'était l'hypothèse la plus habituelle.

Pratiques successives par lesquelles elle s'est introduite.

Cette occurrence était pénible à la fois pour le vassal et pour le suzerain. Dans son livre, M. Olivier-Martin a pu, avec des textes du XII^e siècle du Parisis, retrouver les étapes de l'avènement de ce droit d'aliéner entre vifs. Il est probable que le vassal, dans cette situation, commençait par recourir à sa parenté. C'était un usage fréquent. La concession du fief avait été généralement faite à un Tel et à ses hoirs. Il se pouvait fort bien qu'un parent, en dehors de ceux appelés au fief, eut le désir de reprendre le fief. Pour ce parent la reprise de ce fief ne constituait pas pleinement une acquisition, parce qu'il avait déjà vocation héréditaire, éventuelle sur le fief. Il aurait pu être le successeur s'il n'eût pas été primé par un parent plus proche. Cette idée que, pour un parent, la rescousse du fief de son parent n'est pas une acquisition ordinaire, on en trouve la manifestation dans la règle que quand on eût organisé dans le régime du fief des profits dans l'intérêt du suzerain lors de l'aliénation, le retrait lignager ne comporta aucun profit à la charge du retrayant. C'est donc vraisemblablement à ce procédé que recourrait d'abord l'aliénateur.

S'il n'avait pas de parent pour le secourir, ce vassal s'adressait au suzerain, le priait de reprendre le fief, en lui accordant à titre de secours pécuniaire le prix qu'on lui avait offert du domaine utile. Ou si celui-ci s'y refusait, il lui demandait autorisation de faire argent de son fief et de l'aliéner au profit d'un étranger.

Le système ainsi établi reposait tout entier sur l'autorisation du suzerain. L'aliénation, impossible à l'origine, le devenait si le suzerain y consentait. Assez vite, le vassal qui demandait ainsi au suzerain son autorisation lui proposa, pour être plus sûr de l'obtenir, de le récompenser de cette autorisation en lui versant un profit, une somme d'argent. Son montant déterminé à l'origine d'accord entre le suzerain et le vassal se fixa ensuite toujours le même au cinquième du prix de vente et constitua le profit de quint (1/5 du prix.) Cet usage se pratiquant de plus en plus, on en vint enfin à estimer que le suzerain à qui on offrirait le profit du quint ne pourrait plus s'opposer à l'aliénation, à moins qu'il ne prît pour lui le marché et exerçât le retrait féodal. C'est ainsi qu'on est passé insensiblement de l'inaliénabilité du fief à son aliénabilité entre vifs.

Ce système est organisé chez nous dès la première moitié du XIII^e siècle.

Voilà encore un progrès marqué dans la

Subordination
de l'aliénation
à l'autorisation
du seigneur
et au paiement
d'un profit.

force du droit réel du vassal; ce droit réel s'accroissait au fur et à mesure que le vassal en pouvait exercer les prérogatives de plus en plus largement.

Enfin, à défaut d'aliénation totale, quand le vassal, sans vouloir rompre tout lien avec son fief, désirait conserver contact avec la terre qu'il avait desservie, il lui restait un dernier procédé: au lieu de se dessaisir du fief tout entier, il ne se dessaisissait que d'une partie de sa terre. Cela lui suffisait peut-être pour obtenir la somme dont il avait besoin. Il pouvait user de ce procédé de deux manières différentes: ou bien aliéner définitivement une parcelle du fief en gardant l'autre et procéder vis à vis de son suzerain pour cette parcelle comme il aurait fait pour l'aliénation totale, en lui demandant d'agrérer pour cette parcelle un nouveau vassal qui lui en porterait la foi tout en conservant pour la seconde parcelle la mouvance. Le nouveau vassal acquéreur de la parcelle du fief payait alors au suzerain un profit du quint du prix. Mais le vassal pouvait aussi procéder à son tour par voie de sous inféodation. Il pouvait rester vis à vis de son suzerain le représentant du fief tout entier et s'assurer à soi-même la fidélité d'un autre homme d'arme qui deviendrait ainsi pour une part du fief non pas le vassal du premier suzerain, mais le vassal du vassal du suzerain. En récompense de cette fidélité à lui jurée, le vassal pouvait concéder à cet arrière-vassal une partie du fief à titre d'arrière-fief.

L'aliénation partielle et la sous-inféodation.

Dangers qu'elles présentent pour le suzerain.

Ces deux procédés, à première vue, ne semblent pas devoir entraîner de bien grandes difficultés. Le premier suppose, comme l'aliénation totale le consentement réel ou tacite du suzerain, à qui on offre le profit usuel. Le deuxième semble ne pas même devoir nécessiter cette autorisation du suzerain, puisque la situation de ce suzerain reste la même, le vassal demeurant responsable du service du fief tout entier, vis à vis du suzerain: la sous-inféodation n'intervenant qu'entre le vassal et son acquéreur. On pouvait penser que, pour le suzerain, c'était res inter alios acta,....

Cependant les choses n'alliaient pas aussi simplement parce que le procédé dont je parle entraînait morcellement du fief, ou comme on disait encore, abrègement du fief. Cet abrègement pouvait n'être pas indifférent au suzerain. Dans sa consistance totale et première, le fief est en effet destiné à garantir au suzerain l'exécution des obligations que celui-ci a assumées. Mais précisément le contenu du fief lors de sa concession, était calculé de manière

à rémunérer le vassal des obligations qu'il avait assumées. C'est avec ce que le fief peut produire que le vassal se procurera le cheval dont il a besoin, le nourrira, achètera sa cotte de maille, sa lance, son armure, pourra entretenir et équiper les servants nécessaires à un chevalier dans la bataille. Démembrer ce fief; le résultat pourra être tel que le reste du fief sera désormais insuffisant pour tout payer. Cela est dangereux pour le vassal comme pour le suzerain, le second ayant chance de n'être pas satisfait d'une exécution trop chiche et trop étroite des devoirs féodaux. Sans doute son inféodation a l'avantage d'ajouter un arrière vassal au vassal, comme l'aliénation substitue un nouveau vassal au vassal originaire, mais le morcellement pouvait mener à ce que chacun des deux hommes, vassal et arrière-vassal, chacun muni de la partie qui lui était attribuée fut dans l'impossibilité de subvenir à ce qu'il avait promis.

C'est pour cela qu'on en a vite, dans la doctrine féodale, proclamé le principe de l'indivisibilité du fief, principe qui dans son application à la transmission à cause de mort a engendré la pratique du droit d'affranchissement.

Cette notion de l'abrévement du fief dépasse d'ailleurs par ses applications l'étendue que je viens d'indiquer et le cas d'aliénation partielle. Il peut y avoir abrévement du fief alors même qu'il n'y a pas eu aliénation.

Tout appauvrissement du fief quelle qu'en soit la cause, qu'elle provienne de la négligence du vassal, de l'affranchissement d'un serf (puisque c'est une main-d'œuvre qu'on perd) du passage du fief tout entier à une personne de main morte (puisque celle-ci ne mourant jamais, le suzerain ne touche jamais les profits), tout cela constitue un abrévement.

L'abrévement, comme l'aliénation partielle peut nuire au suzerain autant qu'au vassal et c'est pour cela qu'on en vint à la prohibition de l'abrévement. Cette prohibition, comme celle de l'aliénation partielle se justifie d'ailleurs encore par la diminution de la valeur du domaine direct, manifestement sensible quand le suzerain reprend le fief par la commise. Cf. Beaumanoir T. II n° 1446 pp. 231 et ssq. Il se constitua ainsi pour tout abrévement, comme pour toute aliénation partielle, une théorie féodale qui déclara d'abord qu'aucun abrévement n'est valable qu'autant que le suzerain y consent, car il diminue la valeur de la directe du suzerain. Un vassal ne peut affranchir un serf de son domaine sans autorisation du suzerain,

Le principe
de l'indivi-
sibilité du
fief et la
prohibition
de l'abrége-
ment.

de même qu'il ne peut aliéner une partie de ce domaine. En poussant l'analyse plus loin, on déclara même que pour que cet abrègement soit possible, non seulement le consentement du suzerain immédiat est nécessaire, mais aussi celui de tous les suzerains superposés, car chacune de leurs directes se trouve diminuée.

A tout le moins devait-on exiger, en plus du consentement du premier suzerain, celui du seigneur haut justicier ou du roi. C'est ainsi que Beaumanoir présente la théorie de l'abrévement. Cf. aussi n° 79879 "Ils sont aucun fief que l'en apele fiés abregiés. Quant l'en est semons pour service de teus fiés, l'en doit offrir à son seigneur ce qui est deu par la reson de l'abregement, ne autre chose li sires n'i puet demander se li abregemens est prouvés ou conneus, et il est fet soufisaument par l'octroi du conte. Car je ne puis souffrir a abregier le plein service que l'en tien de moi sans l'octroi du conte, combien qu'il i ait de seigneurs dessous le conte l'un après l'autre, soit ainsi qu'il se soient tuit accordé a l'abregement. Et s'il s'i sont tuit accordé et li cuens le set, il gaaigne l'homage de celui qui tient la chose; et revient l'homages en la nature de plein service, et si le doit amender cil qui l'abreja a son homme, de LX.Ib. au conte". Beaumanoir exige donc l'octroi non seulement du suzerain immédiat, mais aussi du comte, c'est-à-dire du seigneur haut justicier.

Toute cette doctrine s'est formée peu à peu. On en trouve l'application dans des textes plus anciens. Olivier-Martin I. p. 242 n. 3.4.6. Déjà dans un texte du Trésor des Chartes vers 1153 n° 134 une concession faite par Saint Denis sous cette condition que le vassal "ne pourra donner sa terre en fief à personne," c'est-à-dire sous-inféoder sa terre. Ou bien encore un autre texte de la même époque, XIII^e siècle, relate qu'une composition assez élevée a été obtenue par Notre-Dame de Paris à l'occasion d'une portion de fief sous-inféodée sans son autorisation: feodium elongatum: fief allongé. Cf. Cart. Notre Dame Paris n° 206 et 242 p. 167 et 181 de 1266 - 1270 : ou encore interdiction de l'évêque de Paris de laisser donner ou recevoir en gage un fief de la mense épiscopale, car c'est éventuellement en permettre l'aliénation. 30 Oct. 1185 n° 18. Cf. Beaumanoir n° 1446.

Cette question a eu à notre époque une si grande importance qu'on a même prétendu interdire au vassal sans autorisation de son suzerain, non pas seulement la concession en arrière-fief, mais encore la concession en censive faite sur une portion du fief. La concession en censive n'enlevait pourtant que l'ex-

ploitation directe au vassal, mais la remplaçait par le paiement du cens. On soutint qu'elle pouvait le gêner dans l'exécution de ses obligations. Ou bien encore on soutint que cette censive perpétuelle diminuait la valeur de la directe du suzerain.

Toutes ces conclusions sont acquises à la fin du XIII^e siècle, tant au point de vue des sanctions réelles des obligations qui portant sur la terre en permettent sa reprise, que relativement à la prohibition de l'aliénation et du démembrément du fief sans autorisation du suzerain, et enfin relativement à l'établissement des profits qui sont le prix de cette autorisation.

Cette doctrine étant établie dès le XIII^e s. qu'en est-il advenu aux siècles postérieurs ? On sait que c'est surtout dans les derniers siècles que l'institution du fief est devenue une institution ne rendant plus aucun service de droit public et qui ne subsistait qu'à la faveur des intérêts de pur droit privé qu'elle représentait.

Le fief était d'abord une concession à charge de services (ost, cour, conseil et aide). Il ne faut pas oublier d'abord ce que sont devenus ces services; les sanctions ont naturellement été en rapport avec l'importance des services qu'elles assuraient.

Ces services originaires du fief ont en fait disparu chez nous assez vite: celui de l'ost par l'effet de la suppression des guerres privées et par l'inefficacité du service féodal dans les guerres publiques auxquelles il était originairement appelé à concourir, chaque suzerain menant à l'armée de son seigneur le contingent qu'il avait réuni auprès de lui. Cette décadence se manifeste pleinement au XIV^e siècle, où une des grandes infériorités de la France vis-à-vis de l'Angleterre, fut de ne pas avoir d'armée nationale et où il fallut pour défendre le pays faire appel à toutes sortes d'expédients successifs. Dès le XIV^e siècle, le service féodal au point de vue de la guerre extérieure a cessé d'être presté. Cela tient à l'appauvrissement des vassaux, aux dévastations que la guerre a provoquées. D'autre part, le démembrément fréquent du fief a rendu les propriétaires de petits fiefs totalement incapables de fournir un service personnel. Dès le XIII^e siècle, on voit dans beaucoup de cas le service militaire personnel se transformer en quelque redevance pécuniaire, ainsi le roncin de service, monture que le vassal doit fournir à titre de service et auquel Beaumanoir consacre tout un chapitre 1.28. N° 793-797. N° 800. Ce roncin de service n'est presté par le vassal qu'une seule fois dans sa vie.

La théorie
du fief a-
près le XIII^e
siècle.
Disparition
des services
de fief.

est.

Le service de cour.

La caractéristique du fief dans le Grand Coutumier, chez Dumoulin et dans la coutume de Paris.

Quant aux services de cour et de justice, ils ont disparu d'eux-mêmes quand les seigneurs ont eu perdu leur indépendance judiciaire et leur autorité publique et que, dans les justices féodales les seigneurs, qui étaient souvent ignorants ont dû être remplacés par des légistes. Cela se produisit après la renaissance du droit romain, si bien que le service de plaid par les vassaux ne fut plus réclamé et que personne, ni suzerain ni vassal, n'en souhaitait le retour.

Dès le XIV^e siècle le Grand Coutumier de Jacques d'Ableiges ne mentionne même plus ces services dans la définition qu'il donne du fief p. 208 L. II Ch. 12: "du nombre des biens", les immeubles féodaux sont ceux pour lesquels celui qui a la profitable seigneurerie doit le serment de feauté à celui qui a la seigneurerie directe.

Pour lui le seul service que le vassal doit à son suzerain est le serment de fidélité. Du service de justice il n'en est plus question parce que en réalité il a cessé d'être presté.

Cet abandon des services se manifeste encore plus à mesure que le temps passe. Au XVI^e siècle Dumoulin (*Traité sur la Coutume de Paris, Préambule n° 114 et 115 Oeuvres I pp. 23.24*) ne voit plus dans le fief, comme trait essentiel, que la sujétion réelle de la terre donnée en fief. C'est dit-il, une "cession perpétuelle et à titre gracieux d'une chose immobilière avec translation du domaine utile et rétention de la propriété, à charge de la fidélité et autres services". Ces tous "autres services" ce sont les services quelconques et sans importance. Il ne les énumère pas, il ne parle pas davantage des services accessoires qui ont remplacé le service de guerre, comme le roncin de service.

Mieux encore, il attache si peu d'importance à ces autres services qu'à la fin du même passage, il déclare que ces services ne sont pas "de l'essence" du fief. Il y a fief même s'il n'y a pas ces autres services, du moment qu'il y a foi et hommage. *Préambule n° 114, 115.*

Le fief est si exclusivement devenu une charge réelle sans autre portée que Dumoulin en conclut que la directe du fief ne peut pas être cédée sauf une concession simultanée de la terre qui la soutient et dont elle fait partie sans que la fidélité toute seule puisse en être détachée, comme autrefois. Enfin dans la Coutume de Paris, dans le titre des fiefs, les seuls services mentionnés sont d'une part la foi et

l'hommage, l'aveu et le dénombrement (reconnaissance écrite que le serment de fidélité a été prêté, état des lieux indiquant la contenance) enfin profits de quint et de relief. Tout cela est contenu dans des articles nombreux de la Coutume dont il résulte qu'ici, comme dans Dumoulin, le caractère essentiellement personnel du fief disparaît, le fief n'est plus qu'une simple institution de droit privé foncier.

Conséquences de la disparition des services féodaux sur les sanctions du fief.

La disparition des anciens services de fief n'a pas été sans influence sur les sanctions du fief. Les sanctions avaient eu pour but d'assurer l'exécution des services promis par le vassal. Ces services ayant disparu, il eut été logique de faire disparaître les sanctions. Mais on n'alla pas jusque-là et elles subsistèrent pour ce qui restait du fief (foi et hommage, aveu et dénombrement, profits) mais elles ne purent pas ne pas s'affaiblir.

Sanctions des obligations du fief.

La commise: le fief revient définitivement entre les mains du suzerain.

La sanction première quand le vassal manque à ses obligations, ce fut la commise, la rupture du contrat de fief, qui comporte retour de la possession du fief aux mains du suzerain. Il en est ainsi quand le vassal manque à la fidélité, ou aux obligations qui en découlent. Les textes donnent un assez grand nombre d'exemples, bien qu'aucun ne donne une énumération complète de ces hypothèses. L'exposé le plus abondant figure aux Etablissements de Saint Louis, I. Ch. 52-56 qui indiquent différents cas de ce genre: 52: quand le vassal met la main sur son seigneur autrement que pour se défendre: "Le gentis hom met main en son seignor par mal respit avant que ses sires l'ait mise en lui il eur pert son fief par droit".

De même l'hypothèse de la guerre du vassal contre son seigneur ou le refus du vassal de défendre son seigneur quand celui-ci est accusé de trahison, toute violence ou mauvais procédé contre les femme ou filles du suzerain ou toute autre injure au suzerain. Est même considéré comme une injure sanctionnée par la commise le fait pour le vassal de faire appel du jugement de la cour féodale (Grand Coutumier p. 595. L. III § 74): quand en cas d'appel de default de droit il est prononcé le seigneur avoir defailli en droit, et pour ce le sujet avoir bien appellé le seigneur doit être privé de l'hommage. "Le seigneur qui refuse justice à son vassal est privé de son hommage et le vassal est privé de sa mouvance quand il a appelé d'un acte de son seigneur, car l'appel à cette époque est une prise à partie consistant à proclamer que celui qui a rendu le jugement est déloyal, faux et menteur (Ad. Coutumier

d'Anjou). D'ailleurs, dès cette époque ancienne tout manquement aux obligations féodales n'entraîne pas perte du fief. Ainsi une mauvaise garde du château par le vassal ou toute sa famille ne lui fait perdre que les meubles et non pas le fief (I. Ch. 57 p. 70).

La saisie féodale, main-mise temporaire sur le fief par le suzerain.

Cette sanction de la commise ne devait pas rester seule dans le monde féodal. Quand apparut la transmission du fief à cause de mort ou entre vifs, la sanction au manquement des obligations se nuança. Il est bien possible qu'on ait appliqué à ces hypothèses originairement la commise pour sanctionner le défaut de foi par l'acquéreur ou l'héritier quand ce défaut de foi se prolongeait au delà de l'an et jour (Etablissement de St-Louis I Ch. 72 pp. 116 à 119. Ed. Viollet). De même à la suite d'une série de refus de foi ou de négligence de la prêter, malgré des avertissements successifs, les Etablissements en viennent encore à la commise. Mais même dès cette époque lors de la rédaction du second livre des Etablissements de St Louis qui est d'une date un peu postérieure, il n'en est déjà plus ainsi: le seigneur, quand on manque à son obligation de lui faire hommage, a bien le droit de prendre le fief, mais simplement pour en jouir pendant le retard. Il dépend donc toujours du vassal de retrouver son fief, à condition de se soumettre à l'exécution de cette obligation. Généralement on accorde même au vassal un répit de quarante jours, au bout de quoi seulement le suzerain a le droit de se saisir du fief. Cette nouvelle sanction, c'est la saisie féodale qui ne comporte qu'une main-mise temporaire sur le fief par le suzerain. Si la prestation de foi a été rendue nécessaire par le changement de suzerain, le suzerain doit faire sommation au vassal de prêter sa foi et il ne peut faire main-mise qu'à l'expiration des 40 jours postérieurs à cette sommation. S'il y a eu changement de vassal, le seigneur pourra faire main-mise de suite sans aucune sommation et les fruits deviendront siens dès qu'il aura connaissance de la mutation, même non signifiée. Mais ici encore on accorda bientôt au vassal un répit de 40 jours après la mutation.

Ce qui caractérise essentiellement la saisie c'est qu'elle est pour ainsi dire sans limite, en ce sens qu'à toute époque le vassal en prêtant sa foi pourra reprendre son fief. L'écoulement d'un laps de temps, si long fut-il, ne suffit pas à transférer définitivement le fief au seigneur et à transformer la saisie en commise.

Ce principe, fut appliqué durant tout le cours de notre ancien droit (Parlement de Paris arrêt

de 1387, Johanes Galli, Quaestiones n° 162, in Dumoulin Opera), on considère que le lien seigneurial est imprescriptible. Le vassal aurait beau rester indéfiniment sans prêter sa foi, il n'en demeurerait pas moins tenu à toute époque de la prester car cette sujétion ne peut pas se prescrire. Et à l'inverse le suzerain ne peut jamais prétendre qu'il a prescrit le domaine utile de son vassal: la prescription ne fonctionne ni au profit ni à l'encontre d'aucune des deux parties, vassal ou suzerain.

C'est au cours du XIV^e siècle, qu'à côté de la commise se développa la saisie. C'est elle qui désormais va devenir la sanction la plus importante et qui va fonctionner toute seule pour tout manque ou retard de foi. Ce n'est pas à dire que même dans ces questions, il ne peut jamais arriver que la commise soit appliquée. Elle interviendra quand la foi aura été omise par hostilité ou mauvaise volonté du vassal. Telle l'hypothèse du désaveu, du reniement du seigneur par son vassal avec une intention injurieuse. Pour cela le seigneur a le droit de réclamer l'application à son profit de la commise (Beaumanoir Ch. 45 T. II p. 217 et ss. consacrait au désaveu les n° 1427-1430 qui résument la doctrine en usage à cette époque.) Le n° 1427 déclare que "Quant aucun desaveue son fief de Pierre et dit qu'il tient de Jehan, et Pierres le poursuit en la court de Jehan, s'il li plest, il le puet poursuivre par gages de bataille..." La lutte ici revêt une allure particulièrement grave, puisque les parties recourent au duel judiciaire. Si le vassal est battu, son fief lui sera retiré. Les numéros suivants examinent tous les détails de cette poursuite.

Telles sont au XIII^e siècle les deux sanctions en usage: la commise pour rupture de foi, pour violation de fidélité, pour toute mauvaise action du vassal contre son suzerain, laquelle entraîne perte définitive du fief. Et la saisie au cas de négligence, d'insuffisance et de retard dans la prestation des services, mais sans aucune révolte ni injure contre le suzerain, laquelle ne prive le vassal que de la jouissance temporaire du fief.

Au XIV^e siècle, la saisie s'adoucit, en ce sens qu'avant de l'accorder, on donne au vassal un répit de 40 jours et même, si le suzerain est saisi du fief avant l'expiration des 40 jours, la jouissance du suzerain ne commence qu'à partir de l'expiration de ce délai de quarantaine. Jusque-là les fruits continuent à appartenir au vassal.

Nous savons que c'est le moment où le lien personnel entre vassal et fief s'efface peu à peu pour ne laisser subsister que le lien réel qui subordonne la ter-

Après le
XIII^e sc. la
saisie va
devenir la
sanction
normale.

re au suzerain. Ce changement dans les obligations influa naturellement sur la sanction. On vit diminuer l'importance et la fréquence des sanctions, à mesure que diminuait l'importance des services du vassal.

Depuis le XV^e siècle, il n'est plus question de ces sanctions qu'à propos du défaut de présentation de foi, d'aveu ou de dénombrement ou pour non paiement des profits, seuls services subsistant encore à cette époque.

Dans cette dégradation des sanctions la commise devait naturellement perdre le plus de terrain, parce que c'était la sanction réservée aux cas les plus graves et que ces cas se trouvaient justement en train de disparaître.

Quelle est à la rédaction des Coutumes la portée d'application de ces deux sanctions ?

La commise ne sanctionne plus que le désaveu. Dans la Coutume de Paris, on ne lui consacre plus que deux articles, art. 43 et 44.

Art. 43: "Le vassal qui dénie le fief estre tenu du seigneur féodal, dont il est tenu et mauvant, confisque icelui fief".

Encore, pour que le désaveu entraîne la commise, c'est-à-dire la perte du fief, faut-il qu'il soit explicite, qu'il ait lieu en justice. Dans ce cas il y a ingratITUDE, injustice de la part du vassal et il est naturel de lui enlever le bénéfice de son fief. En s'attachant à cette qualification d'ingratitudE. On a organisé la théorie de la commise pour désaveu, aux XV^e et XVI^e siècles, en la modelant sur les théories romaines élaborées par le droit privé. On connaît la théorie célèbre qui s'est développée surtout au Bas-Empire, de la révocation des donations pour cause d'ingratITUDE. Le fief, concession bénéfique, est une donation, qu'il convient de soumettre à la théorie construite par Justinien.

De là on déduisit logiquement les conséquences que comportait cette assimilation. Quand on disait autrefois que le fief par la commise revenait au suzerain en vertu de son domaine direct, par la disparition de la concession, le suzerain reprenait la terre comme lui ayant toujours appartenu, son domaine direct absorbait la propriété tout entière et sans limites. Tous les droits constitués par le vassal sur son domaine utile tombaient avec ce domaine utile et le suzerain n'en était pas tenu. La théorie de la révocation pour ingratITUDE permit une tout autre conclusion. On ne manqua pas de rendre opposables au suzerain les droits réels consentis par le vassal sur son domaine utile avant la révocation. Le suzerain

Limitation
de la commi-
se au cas de
désaveu.

Construction
de cette théo-
rie sur celle
de la révoca-
tion pour in-
gratitude du
droit romain.

recouvrailt un bien qu'il avait déjà irrévocablement donné et il ne le pouvait que dans l'état où se trouvait le bien repris au moment de la reprise. Ce fut l'avis de Dumoulin sur l'art. 43 Glose 1 n° 94 et 95. Trop d'intérêts opposés étaient en cause pour que la solution fut unanimement acceptée. Elle resta discutée jusqu'à la fin de l'ancien droit en jurisprudence comme en doctrine.

Voilà comment la commise, non seulement perdit la plus grande partie de son importance, mais devint peu à peu une sanction voisine de celles du droit privé.

Développement de la saisie. La saisie au contraire, au lieu de diminuer d'importance augmenta et est traitée bien plus abondamment dans les Coutumes. Alors que la Coutume de Paris de 1580 ne consacre que deux articles à la commise, nous en trouvons dix-sept relatifs à la saisie. Retracing la marche de cette institution et ses principaux traits.

Transformation de la saisie, de saisie privée en saisie judiciaire. En voici un qui concorde par sa direction générale avec ce que nous venons de voir pour la commise. Autrefois, la saisie féodale était une véritable saisie privée opérée par le suzerain lui-même sur son vassal sans recourir à d'autre juge que celui qui était son propre représentant.

Elle reposait en réalité sur un double fondement: sur le contrat de fief, d'après lequel le concédant avait le droit de reprendre la possession du fief en vertu de son droit de domaine direct, en application de la clause révocatoire contenue dans le contrat. Mais elle reposait aussi sur l'autorité publique du suzerain investi, par la convention même du fief, d'un droit de justice vis-à-vis de son vassal. Il jouissait à son égard de la justice proprement féodale contractuelle, née à l'occasion du fief. C'était en vertu de cette justice que le suzerain saisissait de lui-même le fief, sans recourir à l'autorité publique et que les débats se déroulaient devant sa propre juridiction.

La pratique des lettres royales de confortemain. C'est là la conception originaire. Elle se modifia durant les siècles suivants. Dès le XV^e siècle, certains seigneurs, se jugeant de trop faible autorité, se mirent à faire appuyer leur saisie personnelle par la main du roi, en faisant appel à la main du roi "pour réconforter leur saisie". On a des exemples de ce confortemain dans les Sent. Chatelet de Paris. Olivier-Martin. N° 39 et 40, pp. 40, 4I. Il s'agit d'une saisie pour faute d'homme et devoir non fait, et celui qui fait la saisie déclare qu'on a dénié le dit fief et que ce dit fief ayant été dénié est mouvant du roi no-

tre Sire.... Si bien que les fonctionnaires de la Pr
vosté et Vicomté de Paris constatèrent le droit à la
saisie et le réconfortèrent. Le texte suivant est
tout à fait analogue:

A la fin du XVI^e siècle, ces pratiques
nèrerent même un peu plus loin. On continua à faire ap
au roi, en traitant le suzerain qui réclamait la sai
sie comme un créancier ordinaire et en le dépouillan
de ses attributs de droit public qu'il jugeait lui-m
me insuffisants en se faisant réconforter par le ro
Il se mettait dans le cas du créancier ordinaire qui
peut se faire justice à soi-même et qui s'empresse d'
s'adresser à justice: le Parlement de Paris condamne
non seulement la saisie directe du suzerain, mais mê
les lettres royales de confortemain et exige une déc
sion du juge pour légitimer la saisie. De saisie pri
vée, cette saisie devient donc une saisie judiciaire.
Il n'y a plus entre la saisie de droit privé et la sa
sie féodale qu'une seule différence, qui est comme le
dernier reste du passé: la saisie peut être accordée
même par un juge seigneurial, mais elle ne peut plus
l'être par le juge simplement féodal; il s'agit du ju
ge seigneurial de haute justice. Acte de Notoriété du
Châtelet de Paris 1715 dans Actes de Notoriété de Den
sard I. p. 404 et sq. qui confirme l'exclusion du jug
féodal.

Particularités
de la saisie
féodale.
Droits du
seigneur sai
sissant sur
le fief.

La saisie féodale continue cependant à se
distinguer de toute autre saisie de droit privé par le
fait que le suzerain, une fois mis en possession par
la saisie, a vis à vis de l'objet saisi un peu plus de
pouvoir que n'en a régulièrement un simple séquestre.
Il ne peut juridiquement être autre chose qu'un séque
stre, puisque le vassal reste propriétaire et peut tou
jours recouvrer sa possession. Ses pouvoirs sont pour
tant plus étendus: ainsi, il acquiert tous les fruits
qu'ils soient naturels et civils au moment où il les
perçoit: il a le droit de couper le bois et même celu
d'exploiter directement la terre du vassal, à supposer
même que celui-ci l'ait auparavant donnée à bail, pour
vu que ce bail ait été consenti sans démission de foi.
Cf. Paris a. 59 qui indique la situation de ce sei
gneur saisissant dans le cas de non démission de foi:
"Et si le vassal avait baillé son fief à rente sous
démission de foy, et le seigneur le met en sa main par
faute d'homme, droits et devoirs non faits, s'il y a
des terres emblavées, le dit seigneur peut si bon lui
semble, prendre les gaignages de ladite terre, en
rendant les feurs, labours et semences; et n'est tenu
ledit seigneur se contenter de prendre la rente, pourvu

qu'elle ne soit inféodée.

Dans ce cas le pouvoir du seigneur saisissant dépasse donc un peu celui de la saisie ordinaire.

Enfin, dernière remarque sur l'amoindrissement de cette saisie: autrefois on admettait que, à supposer une mutation de fief provenant du vassal (par exemple, il a aliéné le fief entre vifs ou à cause de mort) le vassal est en demeure de porter sa foi et hommage dès le jour où la mutation a eu lieu, sans qu'il soit nécessaire que le suzerain vienne réclamer ce port de foi à son vassal. Par conséquent, les fruits sont acquis au suzerain à partir du moment où la foi aurait dû être portée, où elle n'a pas été, c'est-à-dire du moment où la mutation s'est accomplie. Cependant le vassal aura un répit de 40 jours et il ne perdra pas les fruits s'il porte sa foi avant expiration des 40 jours postérieurs à la mutation. On exprimait cette règle que le vassal n'a pas besoin d'être mis en demeure par le suzerain pour devoir porter sa foi "quand le vassal dort le seigneur veille", quand le vassal oublie, dans son sommeil, d'exécuter son obligation de porter foi, le seigneur veille et fait les fruits siens de plein droit, sans saisie, par cela seul que la mutation a eu lieu. Si je rappelle ce brocard c'est qu'il figure dans l'art. 6I de la Coutume de Paris "Tant que le vassal dort le seigneur veille".

Malheureusement l'art. 6I de la Coutume de Paris ne contient pas seulement cette formule. Il y en rapporte aussi une autre inverse: "Et tant que le seigneur dort le vassal veille". C'est la réciproque de la formule précédente. Cela voudrait dire, semble-t-il, que tant que le seigneur dort, n'opère aucune saisie, ne fait aucune signification, le vassal continue à gagner les fruits comme il le faisait auparavant. Si bien que cette seconde formule, interprétée de la façon la plus raisonnable, dirait exactement le contraire de la précédente, puisque tout à l'heure tant que le vassal ne fait rien, c'est le seigneur qui de plein droit gagne les fruits, tandis que maintenant, c'est le vassal qui gagne les fruits, tant que le seigneur ne fait rien.

Il y a dans ces deux formules une contradiction.

Au XIV^e siècle, on se contentait de la première formule: tant que le vassal ne disait rien après sa mutation, le seigneur avait droit aux fruits. Quant à la seconde partie du brocard, elle n'apparaît qu'un peu plus tard. On la trouve tout d'abord dans Jean Desmarest, fin XIV^e siècle, dans la Coutume de

Brodeau, n° 345: "Tant que le seigneur dort, le vassal veille". Dans la pensée de Brodeau, cette formule ne voulait que répéter la première, avec cette différence que la deuxième formule ne voulait s'appliquer qu'au cas de mutation non plus par changement de vassal, mais par changement de seigneur. De sorte que la règle générale qui résultait de ces deux formules d'apparence contradictoires était en réalité le même. Elles signifiaient que celui-là qui accomplissait la mutation devait avertir l'autre, faute de quoi celui-ci bénéficiait de plein droit de l'état existant ou nouveau. En cas de mutation du vassal, le seigneur non prévenu et à qui on n'avait porté aucun hommage, gagnait les fruits tout de suite, sans saisie, par le seul fait de la mutation. S'il y a mutation de seigneur c'est au contraire au seigneur à notifier la mutation au vassal. Tant que le seigneur ne l'aura pas fait et dormira, ne fera aucune signification, le vassal continuera à percevoir les fruits, sans être tenu de porter aucun hommage: il veillera, parce qu'il n'a pas été mis en demeure de porter sa foi. Ainsi les deux parties de la formule se complètent. La première a trait à l'hypothèse de mutation par changement de vassal et l'autre par changement de seigneur et toutes deux appliquent la même règle équitable qu'au cas de changement de situation, l'auteur de ce changement doit avertir son co-contractant; tant qu'il ne l'a pas fait les choses suivent leur cours.

Telle est l'interprétation raisonnable de la double formule au XV^e siècle de l'art. 61. Mais au XVI^e siècle, sous l'inspiration de Dumoulin, on en vint à lui donner un autre sens, défavorable au suzerain et à faire absorber la seconde partie de la formule par la première, ce qui aboutit à ce résultat que quelle que soit la mutation, qu'elle vint du vassal ou du seigneur celui-ci n'aura jamais droit à quoi que ce soit que s'il fait une notification. Le seigneur n'a pas le droit de dormir. S'il dort, le vassal veille et garde la possession de tous les droits qu'il avait auparavant. Tant que le vassal dort, le seigneur veille, Dumoulin enlevait toute application à cette formule en disant que le seigneur n'est réputé jamais veiller qu'à la condition d'avoir fait notification. Il doit donc toujours aviser le vassal par un acte du changement apporté à l'état de choses antérieur: jusque-là le vassal a droit de n'en tenir aucun compte.

Cette petite curiosité historique montre comment Dumoulin, par des artifices de raisonnement, a souvent détourné de leur sens normal des maximes en

Sen interpré-
tation par
Dumoulin.

vue d'une solution tendancieuse.

Il convient d'aborder maintenant les progrès opérés quant à la faculté du vassal d'aliéner en totalité ou par parcelle, son fief.

Nous connaissons l'histoire des obligations du fief et les sanctions réelles qui traduisent le domaine direct du seigneur.

Il reste à examiner l'histoire du droit du vassal d'aliéner en totalité ou en partie la terre inféodée.

L'aliénation du fief.

mission ra-
ide de la
transmission
fief à
cause de
mort sans
intervention
du seigneur.

écessité du
consentement
du suzerain à
l'aliénation
entre vifs, le
droit de
quint et re-
quint.

La mutation la plus ancienne du fief est la mutation à cause de mort. Elle s'opère de très bonne heure sans exiger le concours du suzerain par application de la maxime célèbre: le mort saisit le vif. Il n'y a à cela qu'une seule réserve, c'est l'obligation de l'héritier du vassal à la foi et à l'hommage et parfois au paiement au seigneur du profit de relief ou de rachat qui n'est habituellement perçu qu'en cas de succession collatérale. Il n'y a que quelques coutumes, comme la Normandie, qui l'imposent à la charge même des descendants.

L'aliénation entre vifs a toujours, au contraire, exigé le consentement du suzerain qui, peu à peu, en est venu à se traduire seulement par l'obligation au paiement aux mains du suzerain d'un profit. Quand il s'agit d'une vente, ce profit est un droit de quint ($1/5$ du prix de vente). Quand il s'agit d'une autre cause de mutation c'est un profit de relief ou de rachat. Ajoutez enfin que le suzerain, en outre de ce profit, a droit, s'il le préfère, en cas de vente d'exercer son retrait, à reprendre pour lui le marché conclu par le vassal en remboursant à l'acheteur le prix que celui-ci en a payé.

Ce profit de quint incombe en principe au vendeur. La chose est raisonnable, puisque ce profit n'est que le prix du consentement du suzerain et que c'est le vendeur qui lui demande ce consentement. Cette obligation au quint en même temps grève la terre, puisqu'elle représente le droit de domaine direct du suzerain. Aussi, en même temps que c'est le vendeur qui est obligé au quint, l'acheteur est tenu réellement et subsidiairement de le payer si le vendeur s'y soustrait. Souvent, en fait, par une convention entre vendeur et acheteur, c'est l'acheteur qui, devant prêter foi et hommage, assume la charge de payer ce profit du quint; auquel cas il n'en reste pas moins vrai que légalement le profit de quint est dû au suzerain par le vendeur.

On considère alors que l'obligation conventionnellement assumée par l'acheteur de payer le profit en plus de son prix est comme un accroissement de son prix. Il en résulte que sur ce supplément de prix qu'est le quint, le suzerain peut réclamer un supplément d'impôt. Le prix est en effet plus élevé de la valeur du quint et le suzerain demande à percevoir le quint de ce quint, ajouté au prix, le quint du quint ou requint.

Tout cela s'est fixé au cours du XIII^e siècle, comme on peut s'en rendre compte dans Beaumanoir n° 1580-1581, T. II, p. 301. Ce profit de quint n'existe que quand la mutation a lieu par vente. Il y a donc beaucoup d'autres mutations même onéreuses pour lesquelles aucun profit n'est perçu, par exemple en cas d'échange, de constitution de rente perpétuelle, parce qu'on estime que la rente perpétuelle équivaut à échange, est équivalente à un échange (Jostice et Plet XIII.1. de lods et XIV de ventes pp. 241, 242).

Le fonctionnement de tous ces profits et notamment du quint est facilité par ce fait que la transmission de la propriété du fief suppose l'intervention personnelle du suzerain. Le vassal, pour que cette transmission soit parfaite, doit aller trouver son suzerain et se dévêter du fief entre ses mains, faire démission de foi. Après cette première cérémonie, le suzerain qui, par la démission de foi du vassal est rentré en possession de son fief, doit concéder le même fief au nouvel acquéreur, quand celui-ci lui prête foi et hommage. C'est l'objet d'une deuxième cérémonie comportant cette prestation par le nouveau vassal et en même temps l'investiture, la mise en possession par le suzerain.

Il y a donc dans l'opération comme trois stades distincts: la convention entre vendeur et l'acheteur et même souvent, accompagnant cette convention, la mise en possession matérielle de la terre par le tradens aux mains de l'acquéreur. Le premier stade se déroule tout entier entre aliéateur et acquéreur.

Puis, 2^e stade, la démission de foi: l'ancien vassal se dessaisit aux mains du suzerain.

Puis, 3^e l'investiture. Le transfert de propriété n'est originairement accompli qu'après ces trois stades. (Beaumanoir n° 768: "Quand eritages est vendus soit de fief ou de vilenage, li vendorés et li acheteres se pueent bien, s'il leur plést, de leur commun assentement, repentir avant que saisine du seigneur soit fete, car après saisine fete ne puet li vendorés revenir a l'eritage, se n'est par nouvele vente". Dans ce passage Beaumanoir tire la conséquence

Les trois stades de l'aliénation du fief.

écessité de l'investiture pour qu'elle

soit définitive.

logique des principes que je viens de poser. Il indique que rien n'est définitif dans ce transfert, jusqu'à ce que le seigneur ait ensaisiné l'acheteur, lui ait fait la vestitura. C'est parce que rien n'est définitif jusque-là que Beaumanoir autorise les parties à revenir sur leur convention tant que la mise en possession par la vestitura n'a pas été accomplie. Jusque-là il y a plutôt un projet de transfert qu'un transfert parfait. Dès lors, le vendeur et l'acheteur pourront annuler leur convention antérieure et quand ils l'annulent ils ne rompront pas un contrat déjà formé: ils se borneront à ne pas contracter et ils n'auront besoin de payer aucun droit ni pour la vente qui ne s'est pas vraiment conclue, ni pour une revente qui serait nécessaire si la première vente eut été conclue. Au contraire, il en serait autrement si les deux parties avaient accompli tout le cérémonial du transfert. Pour revenir en arrière, il faudrait entre eux un nouveau contrat destiné à faire revenir le bien de l'ancien acquéreur au vendeur et sur cette nouvelle vente le seigneur aurait droit à un nouveau profit.

Tel est le mécanisme de l'opération.

Ajoutons que malgré le grand intérêt que le suzerain portait à l'exécution de ces cérémonies, à la démission de foi et à l'ensaisinement, cependant nulle part les textes n'impartissent un délai aux deux contractants pour réaliser entièrement leur convention. Nulle part on ne dit ouvertement que la démission de foi ou l'ensaisinement doivent avoir lieu au bout d'un certain temps. Cependant, il est possible qu'il en ait été ainsi à l'origine et qu'on ait accordé au suzerain le droit d'exiger des parties qu'elles exécutent leur convention dans un délai de 40 jours. C'est ce qu'on peut conclure d'un petit texte du traité composé en 1340 sur les droits féodaux de l'Abbaye de Saint Martin des Champs sur l'ordre du prieur Bertrand publié par Olivier-Martin en appendice aux Piez à l'Usage de France app. IV. p. 506, 1921 - Olivier-Martin Coutume de Paris I. p. 265: "Primo est sciendum quod infra quadraginta dies a die mortis vassalli, seu feodi de persona in personam translationis continue numerandos, ille ad quem pervenit feudum, homagium domino facere tenetur et fidelitatis juramentum praestare". Ce texte suppose qu'une mutation s'est produite à cause de mort ou de persona in personam par la transmission entre vifs du vendeur à l'acheteur, de personne à personne. Cela fait allusion sans doute à la convention d'une part et à la transmission ensuite de la main à la main. Ce texte exige que la démission de foi, l'acte officiel

Délai dans lequel doivent avoir lieu la démission de foi et l'ensaisinement.

40 jours à compter de cette traditio de persona in personam. La démission de foi aurait donc dû suivre dans les 40 jours cet arrangement entre les parties. On ne peut interpréter autrement les termes de person in personam: ils ne peuvent que viser la tradition matérielle de la chose. Il est donc possible qu'à l'origine, à un moment où on attachait beaucoup plus d'importance aux cérémonies qui avaient lieu devant le suzerain, on ait exigé que la démission de foi ait lieu dans les 40 jours.

Quoi qu'il en soit cette exigence ne dure guère, puisqu'à la fin du XIV^e siècle on trouve dans les Coutumes notoires de Jean Desmarez, 134 et dans ses Décisions, 193, deux textes qui impartissent bien un délai au nouveau vassal pour porter son hommage, mais qui ne font partir ce délai que du jour de la démission de foi. N° 134 - "Le vassal doit dedans 40 jours depuis la démission du fié acheté par lui se traire par devêrs le seigneur du fié...etc.,.. et se il ne le fait, les 40 jours passez, le seigneur en fait les profits tous siens..." C'est seulement alors qu'il sera tenu de parachever l'opération dans les 40 jours au contraire, il n'est plus question de délai destiné à hâter cette démission de foi qui semble donc pouvoir être faite aussi tard que le vassal le désire et être ajournée autant qu'il le veut. En comparant ce texte avec celui de 1340, on peut penser qu'il s'est opéré quelque changement entre les deux.

A la fin du XIV^e siècle, dans le Grand Coutumier comme dans Beaumanoir, c'est toujours la démission de foi qui marque le moment où le transfert devient définitif, le moment où on peut exiger que ce transfert se paracheve. Dans le Grand Coutumier, la question est nettement exposée, page 301, Chap. des Cout. des fiefs: "Un noble ou non noble vend son fief et est le marché fait et accordé entre lui et l'acheteur; or, il advient que l'acheteur et le vendeur son d'accord que le marché soit deffaict, et reprend le vendeur son fief, queritur si le seigneur de qui le fief est tenu y aura point de quint denier ? Response non, car par la coutume des fiefs tout homme qui tien en fief, peut son fief vendre et eschanger, et le peu reprendre et tenir comme devant jusques au demettre de la foi.

Après la convention, ces deux parties sont d'accord pour revenir sur ce qui a été fait, le vendeur reprend son fief. Le suzerain ne peut-il pas dire que l'essentiel de la vente a été fait puisque le contrat a été conclu et la chose livrée, et par conséquent qu'on lui doit le profit ? Non. Car tant que la démis-

Jusqu'à la démission de foi l'aliéna- teur reste seul vassal du suzerain.

sion de foi n'a pas été accomplie il n'y a rien de définitif et le seigneur n'y peut rien demander. "Car le seigneur de qui il est tenu n'y peut rien demander, jusques au demettre de la foy, mais qu'il n'y ait point de fraude contre le seigneur.

Le seigneur n'a aucun droit jusqu'à la démission de foi pourvu qu'il n'y ait point eu de fraude commise contre lui, c'est-à-dire qu'on ne reste pas trop longtemps dans cette situation où l'acheteur étant en possession ne se presse pas d'aller donner son profit au seigneur. Ceci nous révèle que peut-être bien les parties aimait à prolonger le délai entre la convention et la mise en possession d'une part et la démission de foi de l'autre. Il y a même des cas où la chose devait apparaître toute naturelle. Un vassal par exemple se trouve dans l'embarras et songe à aliéner son fief. Il estime que ses embarras sont temporaires et il désire beaucoup garder son fief. Il recourt à une opération fréquente à cette époque: la vente à réméré; il vend son fief en stipulant qu'il pourra le reprendre en remboursant à l'acheteur son prix d'achat. Il espère que bientôt, peut-être après la récolte prochaine, il sera en mesure de faire face à son engagement et remboursera le prix. Cette vente à réméré ne devant pas, dans l'intention des parties, avoir d'effets durables, il est bien superflu d'aller jusqu'à la démission de foi et il est plus simple de se borner à la convention. Il suffira quand viendra le réméré de remettre les choses dans l'état antérieur. On évitera ainsi le coût des profits.

Cette opération a dû être fréquente et peut-être est-elle l'origine de la curieuse institution du jeu de fief. C'est une aliénation volontairement imparfaite, qui ne comporte que l'échange du consentement des parties et la mise de l'acquéreur en possession de la chose, sans qu'aucune des cérémonies complémentaires qui rendait l'aliénation parfaite ait été accomplie. Ce jeu de fief maintient à la charge du vendeur tous les services du fief, la responsabilité du fief vis-à-vis du suzerain. C'est seulement entre l'aliénateur et l'acquéreur que l'aliénation a son effet. Vis-à-vis du suzerain, elle n'a aucune valeur et on ne fixait même à cet état ambigu aucune limite de durée, comme on peut s'en rendre compte au Grand Coutumier.

En présence de cette situation indécise, on pouvait se demander quel était dans l'intervalle entre la mise en possession et la démission de foi, la situation juridique de l'acquéreur. Le Grand Cou-

Utilisation
de ce principe
dans la théorie du jeu de fief.

Situation de l'acquéreur.

tumier, p. 277, montre qu'on se demande même si, à supposer qu'un délai d'an et jour se soit écoulé depuis la mise en possession, l'expiration de ce délai ne rendait pas l'acquéreur propriétaire par l'effet de la prescription. "Nota qu'il a été tenu en turbe que si aucun homme donne ou vent aucune chose réelle à un autre sans soy dessaisir par l'usage et coustume de court laye, se celui qui a vendu ou donné jouist toujours de l'héritage, après sa mort la saisine va à ses hoirs. Mais si celui à qui on a vendu ou donné appréhende la saisine de fait et jouit par an et jour, en ce cas la saisine ne va pas aux hoirs etc,... pour ce qu'il n'en est pas mort saisi et vestu, se ce n'était fief, car en fief aucun ne peut acquerir saisine sans foi". Il s'agit du cas où le vendeur a fait tradition à l'acheteur de l'immeuble dont s'agit. Un délai d'an et jour s'est écoulé: les héritiers du vendeur prétendent que le vendeur a conservé la possession de la chose, parce qu'il ne s'est opéré aucun des actes nécessaire au transfert. Les héritiers du vendeur réclament l'immeuble vendu. Les héritiers de l'acheteur leur déniennent ce droit, parce que le vendeur n'en est pas mort saisi et vêtu, la saisine ayant été acquise par l'acheteur qui était en possession depuis l'an et jour. On voit la difficulté juridique soulevée par l'usage que nous examinons. Le jurisconsulte déclare qu'en effet il en est ainsi et que l'acheteur est censé avoir acquis la saisine par l'an et jour bien que l'acte de transfert n'ait été jamais juridiquement parachevé, sauf une réserve: pourvu que ce ne soit pas un fief dont il s'agit, parce qu'en fief aucun ne peut acquerir saisine sans foi". L'acquisition du fief exige donc la démission de foi et l'investiture par le seigneur. S'il s'agissait d'une censive, la saisine d'an et jour paracheverait l'aliénation, ce qui rend impossible au delà de l'an et jour le jeu de censive.

On voit bien que nous sommes ici en présence d'un usage fréquent, en vertu duquel en matière de fief l'acheteur peut rester en possession matérielle sans être investi du fief pendant un temps illimité.

Dans les coutumes rédigées le consentement du suzerain reste nécessaire pour Pour le fief, le transfert de propriété n'est considéré comme accompli qu'autant que toutes les cérémonies de foi et d'investiture sont parachevées. La nécessité du consentement du suzerain pour la perfection du transfert du fief subsiste donc et subsistera jusqu'à la Révolution.

l'aliénation
du fief.

Vous la retrouverez réglementée par la Coutume de Paris dans la rédaction de 1580 sensiblement de la même manière qu'au XIV^e s. en 4 articles: art. 23: "Quand un fief est vendu ou bâillé à rente rachetable, l'acheteur doit payer le quint denier du prix, ou fort principal de la vente, encore qu'elle ne soit rachetée."

Voilà pour la persistance du profit de quint qui durera jusqu'à la Révolution.

L'art. 24 continue quant à ce profit du quint en donnant la même notion qu'aux époques antérieures: "Le seigneur féodal se peut prendre à la chose, pour les profits de son fief".

Le profit est bien dû par le vendeur, mais il est réel, le fief lui-même en répond et l'acheteur du moment où il acquiert la possession.

Puis l'art. 33 s'explique sur les profits autres que le quint: En toutes mutations de fief est dû droit de rachat ou relief, fors et excepté celles qui se font par vendition ou bail à rente rachetable, esquelles est dû par l'acheteur ou preneur à rente, le quint denier, comme dessus est dit. La doctrine de l'époque antérieure reste ici encore la même.

Enfin, signalons l'art. 51, dont la seconde partie a trait au jeu de fief auquel il faut arriver maintenant. Le vassal bien se peut jouer et disposer et faire son profit des héritages, rentes ou cens étant dudit fief, sans payer profit au seigneur dominant, pourvu que l'aliénation n'excède les deux tiers et qu'il en retienne la foi entière et quelque droit seigneurial et domanial sur ce qu'il aliène".

Cette théorie s'est développée abondamment aux siècles suivants et elle atténua sensiblement la gêne que causait le maintien de l'intervention du seigneur dans l'aliénation du fief. Qu'on l'entende bien: l'utilité du jeu de fief résulte de trois circonstances: 1° - le transfert du fief continue à exiger le consentement du suzerain et n'est parfait que par la foi et hommage et l'investiture. 2° - Ce consentement se paye par les profits qui ne sont dus que si le transfert est parfait et totalement accompli. 3° - En renonçant à parfaire le transfert, on se soustrait au paiement des profits, et la coutume le permet. Dans sa première rédaction en 1510, la Coutume de Paris légitime la théorie du jeu de fief, art. 41 et déclare expressément dans ce texte que le vassal peut jouer de son fief, c'est-à-dire le transmettre inter par-

Liberté du
jeu de fief
dans la cou-
tume de 1510.
Restrictions
qui y ont été

apportées par la coutume de 1580.

tes jusqu'à la démission de foi, sans que le seigneur lui en puisse demander profit. Donc, sans aucune limitation de temps, les parties peuvent opérer le transfert inter partes et s'en tenir là sans que le seigneur puisse jamais rien leur demander. Dans la Coutume de 1580 il n'en est pas tout à fait ainsi. On peut constater quelques conditions mises à cette faculté. La pratique du jeu de fief avait dû se développer considérablement sous le régime libéral de 1510 et on dut y apporter quelque tempérament. Aussi l'art. 51 limite-t-il la pratique du jeu de fief: "pourvu que l'aliénation n'excede les deux tiers, et qu'il en retienne la foy entière et quelque droit seigneurial ou domanial sur ce qu'il aliène".

Cet art. 51 de 1580 exige pour la pratique du jeu de fief qu'elle réponde au moins à trois conditions: 1° - que si le vassal aliène de cette manière une partie de son fief, cette partie ne dépasse pas les 2/3. On ne peut pas jouer complètement de son fief, on en doit garder un tiers. 2° - que sur cette partie que le vassal a ainsi aliénée inter partes et dont il veut jouer, il conserve contre la foi qu'il doit porter pour le fief tout entier à son ancien suzerain, quelque droit domanial ou seigneurial sur les deux tiers. Il suffira qu'il retienne sur ces deux tiers un cens ou une rente foncière. La raison de cette exigence c'est qu'il est important de sauvegarder l'exercice possible par le suzerain de son droit de domaine direct et cet exercice pourrait devenir impossible si on laissait les deux tiers du fief à l'entièvre discréction de l'acquéreur.

L'art. 59 réserve le droit du suzerain sur cette partie dont on a ainsi joué et il autorise le suzerain à ne pas tenir compte des engagements pris par l'acquéreur sur ce fief: "et si le vassal avait baillé son fief à rente sous démission de foi, et le seigneur le met en sa main par faute d'homme, droits et devoirs non faits, s'il y a des terres emblavées, ledit seigneur peut si bon lui semble, prendre les gaignages de ladite terre, en rendant les feurs, labours et semences; et n'est tenu ledit seigneur se contenter de prendre la rente pourvu qu'elle soit inféodée". Si donc l'acquéreur a donné la terre à rente ou l'a reçue à rente, quand le suzerain reprendra le fief pour exercer sur lui son domaine direct il ne sera pas tenu de respecter l'engagement pris par l'acquéreur et pourra exiger de prendre lui-même possession des terres emblavées pour en percevoir les fruits sans s'occuper de celui

qui en avait reçu l'engagement.

Tel est le jeu de fief dont l'application, à la fin de l'ancien régime, fut si répandue.

Nous avons vu ainsi l'aliénation portant sur la totalité du fief. Mais nous avons déjà remarqué qu'il y avait des difficultés supplémentaires dans le cas où le vassal voudrait aliéner une parcelle de son fief, parce qu'alors on se trouvait en opposition avec le principe de l'indivisibilité du fief, celui qui interdit l'abrévement de fief.

C'est cette hypothèse qu'il nous faut examiner maintenant.

On a toujours maintenu la règle que le vassal, même en payant un profit ne peut obliger le suzerain à accepter le morcellement. Celui-ci n'est possible que du consentement du suzerain. C'est cette règle que signifie l'art. 51 de Paris: "Le vassal ne peut démembrer son fief au préjudice et sans le consentement de son seigneur... ce qui implique à contrario qu'il peut le faire s'il a obtenu ce consentement. Le même texte se termine par l'examen du jeu de fief et il fixe comme limite au droit du vassal de n'en pas jouer au-delà des 2/3 du fief. Art. 51 in fine: "bien se peut jouer et disposer et faire son profit des héritages, rentes ou cens étant dudit fief, sans payer profit au seigneur dominant, pourvu que l'aliénation n'excède les deux tiers et qu'il en retienne la foi entière et quelque droit seigneurial et domanial sur ce qu'il aliène". Cette limite indiquée pour l'exercice du jeu de fief est également valable pour l'aliénation partielle avec démission de foi, auquel cas le vassal doit garder sous sa foi 1/3 du fief. En fait la pratique du jeu de fief a eu ce résultat de permettre de tourner pour sa plus grande partie la règle de l'indivisibilité. Par le jeu de fief, on maintient l'unité apparente du fief, mais on n'empêche que, quoique le vassal reste responsable de l'ensemble du fief, ce fief n'en soit pas moins divisé en parcelles. Conformément à cette apparence, Dumoulin sur l'art. 51 n° 16-31 soutient d'ailleurs que la sous-inféodation, pas plus que la constitution d'une censive ou d'une rente, pas plus que celle d'une hypothèque ne peut être considérée comme un véritable démembrement du fief. Il irait même volontiers jusqu'à supprimer cette limite des deux tiers de l'art. 151.

Pourtant si le démembrement vrai est désormais possible dans les mêmes limites que le jeu de fief, dans le cas d'aliénation partielle ou totale jamais l'aliénation n'est opposable au suzerain,

Interdiction
de morceller
sans autorisa-
tion du
seigneur -
Comment elle
a été tour-
née par le
jeu de fief.

sans qu'il y ait eu démission de foi. S'il n'y a pas eu démission de foi, le suzerain conserve son droit de domaine direct sur l'ensemble du fief et peut exercer la saisie sur le fief sans tenir compte des droits consentis durant sa foi par le vassal.

LA CENSIVE.

Ayant ainsi examiné le fief, nous voici arrivés à l'examen des tenures roturières ou tenures d'exploitation.

Définition et terminologie.

La tenure roturière, par excellence, c'est la censive. La censive est une concession faite par le propriétaire d'un héritage ou autre droit immobilier, sous réserve à son profit par le concédant de la seigneurie directe sur la chose et d'une redevance en nature ou en argent payable annuellement par le preneur ou par ses successeurs au seigneur censier, en reconnaissance de son domaine direct sur la chose concédée. La redevance porte le nom de cens. L'héritage grevé, est l'héritage censuel, le concessionnaire est dit censitaire et celui à qui la redevance est due est le seigneur censier. Enfin on désigne sous le nom de censive le droit de seigneurie directe du concédant. Voilà la terminologie.

De même que dans le fief, dans la censive, le domaine est divisé entre le seigneur censier qui a une seigneurie honorifique ou domaine direct et le censitaire qui lui aussi est comme le vassal investi d'un droit de domaine utile. Pourtant, par comparaison entre le droit qui résulte du fief et celui qui est né de la censive, le domaine du censitaire est dépouillé de tout caractère honorifique.

Le droit du censitaire n'a aucun caractère honorifique.

On n'a point pu en dire autant du domaine du vassal, parce que bien que celui-ci n'acquière qu'un domaine utile, ce domaine utile est pourtant de telle qualité qu'il n'est pas privé de tout caractère honorifique. C'est pour cela que le vassal peut concéder à son tour des terres en censive, c'est-à-dire en détacher un domaine plus purement utile qu'il concède à un exploitant, tout en conservant de la concession antérieure qu'il a reçue un embryon de domaine honorifique, une directe sur son censitaire, directe qui ne peut se concevoir que soutenue par un droit honorifique. Par exemple le vassal, bien que n'ayant qu'un droit de domaine utile a acquis, attaché à ce domaine, le droit de chasse ou autres droits à caractère honorifique. Ce droit de chasse, après la concession en censive, il le garde par devers lui

comme quelques autres droits honorifiques qui traduisent sa directe seigneuriale. La nature du domaine utile du vassal n'est donc pas tout à fait la même que celle du domaine utile du censitaire. Si donc le vassal peut bien concéder une censive sur son fief, le censitaire n'en peut faire autant parce que son domaine utile ne contient plus aucune parcelle de droit honorifique qui, conservée par le censitaire puisse servir de fondement à un domaine direct. C'est ce que traduit l'adage: "Cens sur cens ne vaut", le censitaire ne peut concéder une censive sur la sienne.

Hors de cette différence, toute la doctrine de la censive est, dans ses grandes lignes, calquée sur celle du fief. La distinction capitale entre fief et censive est que les services dus par le vassal sont d'une autre nature que ceux fournis par le censitaire. Les services du vassal sont d'ordre honorifique et noble et ceux du censitaire d'ordre pécuniaire et roturier.

Origines de la tenure en censive.

Quant à cette tenue elle-même et à son histoire, je serai bref, d'autant plus que cette histoire est très difficile à bien préciser. La tenure en censive est en effet la résultante de plusieurs anciennes institutions, de sources et de dignités fort différentes. Ainsi, la censive, et le terme cens l'indique bien, n'est parfois pas autre chose que l'ancien impôt foncier payé par le propriétaire romain libre au fisc romain à raison de la terre. Quand la domination romaine a disparu, cet impôt foncier est tombé dans le domaine privé de ceux qui étaient là pour le recueillir et peu à peu les seigneurs succédant aux fonctionnaires romains, l'ancien cens s'étant patrimonialisé est apparu comme la rémunération d'un droit reposant sur une prétendue concession qui n'avait jamais existé.

D'autres fois, dans le monde barbare où on avait l'habitude de donner à chacun des cultivateurs une pleine liberté de culture, on a pratiqué un régime de concessions privées qui ont mené directement la censive et qui portent le nom de précaires. Ces précaires, concessions faites à la prière du concessionnaire, étaient données à des hommes de condition subordonnée et correspondaient sur un plan hiérarchique inférieur à ce qu'était pour les hommes nobles le bénéfice à l'époque carolingienne. De même que celui-ci a été une des origines du fief, de même la précaire se rencontre dans bien des cas à la source de la censive.

Enfin, 3ème origine, le cens n'est, par-

fois que la redevance promise par le serf au moment de son affranchissement ou la récompense de telle ou telle liberté particulière qu'on lui accordait, peut-être même promise parfois avant son affranchissement, au moment où le maître lui a assigné un domaine qui serait sa terre et qu'il cultiverait, en manière de rémunération de la concession.

Tous ces modes d'exploitation, toutes ces redevances et les conditions pécuniaires qui s'y attachaient sont très proches les unes des autres. On comprend que ces redevances se soient peu à peu rapprochées les unes des autres jusqu'à se confondre dans la censive. Cette confusion s'est faite dans la période obscure qui précède le XIII^e siècle (Cf. Olivier-Martin. Coutume de Paris I. p. 365 et ss. qui relève soigneusement pour le Parisis des traces de ces différentes origines dans la censive). Une fois que la censive eut été constituée, son histoire s'est déroulée parallèlement à celle de la concession féodale. Au XI^e siècle, à la mort du censitaire, la censive fait encore généralement retour au seigneur censier. La tenure en censive a encore un caractère viager, comme la tenure féodale à l'origine. Dès le XII^e siècle, la perpétuité s'établit et M. Olivier-Martin montre que vraisemblablement cette perpétuité a commencé par être accordée pour les censives constituées sur les terrains à bâtir. On conçoit que celui qui voulait construire une maison voulait en avoir une jouissance plus longue que sa propre existence. Puis ce même caractère de transmissibilité héréditaire s'étendit aux terres cultivées. Nous avons vu le même fait pour le fief et la transmissibilité était parfois payée pour le fief par un profit de relief. Il en fut probablement de même dans la censive, mais dans la censive le profit disparut d'assez bonne heure.

L'aliénabilité entre vifs finit aussi par être admise à une époque un peu postérieure à celle où fut accordée la transmissibilité héréditaire. Néanmoins c'est encore de très bonne heure qu'elle fut acceptée, dès la première moitié du XIII^e siècle. Cette aliénabilité est subordonnée à l'octroi au seigneur d'un profit qui est du douzième du prix, impôt moins élevé que pour le fief (8 % au lieu de 25 %). Ce profit emprunte son nom plutôt à la terminologie romaine, bien qu'il soit antérieur à la renaissance romaine: laudemium, ventae venditiones, profit de lods et vente. Ce laudemium, nous le retrouverons à propos de l'emphythéose. C'est le ter-

Etablissement
de l'hérité-
té avant le
XIII^e sc.

L'aliénabi-
lité de la
censive.

me employé dans la législation romaine pour qualifier le droit que l'emphythéote devait payer à son propriétaire pour pouvoir aliéner.

droits restreints du seigneur censier.

Les droits du seigneur censier sont dans l'ensemble moins élevés que ceux du suzerain. Tandis que dans le fief, en cas de vente, le suzerain jouit en outre du droit de pouvoir exercer le retrait, au contraire dans la censive il n'est pas question de retrait censuel. Si celui-ci existe ça et là, c'est à titre sporadique et exceptionnel.

Il n'y a à cette aliénabilité de la censive qu'une petite réserve qui a duré assez longtemps. On n'a d'abord autorisé l'aliénation que si l'acquéreur est de même classe sociale que le vendeur. On n'admettait pas que la tenure d'un roturier fut acquise par un serf; ordinairement on exigeait même que l'acquéreur fût de la même seigneurie que l'aliénateur. Cela rappelle le temps où le titulaire de la censive était le sujet du censier, son serf ou son vilain.

Etablissement de cens successifs sur une même terre.

On voit que le fief et la censive se ressemblent à bien des points de vue. Mais il faut ajouter quelques mots sur une circonstance qui ne se rencontre pas dans le fief. Sous l'effet du défrichement, au fur et à mesure que les exploitations se sont enrichies par une meilleure culture, un peu partout les censitaires ont eu parfois besoin de quelques avances ou bien, après avoir amassé une certaine fortune il arrivait que le censitaire voulait se défaire de sa censive, mais en même temps voulait tirer profit des améliorations qu'il avait apportées à son exploitation pendant la durée de sa possession. La terre rapportant davantage et le cens payé au seigneur censier restant fixe, l'exploitant voulut tout naturellement prendre sa part dans l'augmentation du rendement de sa terre.

Il était équitable que l'acquéreur consentît à payer comme prix de son exploitation, outre le cens dû au seigneur censier, un supplément annuel destiné au vendeur pour le récompenser du travail qu'il avait incorporé à la terre, c'est-à-dire un cens supplémentaire, un incrementum census, une crue de cens qui s'ajoutait au cens originellement dû au censier. L'acquéreur était en général en état de faire honneur à ces deux engagements superposés. Mais ce que le premier acquéreur avait fait, son acquéreur arrivé à la fin de sa carrière, le recommença pour tirer à son tour profit de toute la peine qu'il avait prise sur la terre qu'il avait cultivée, et une nouvelle crue de cens s'ajoutait à la première.

Le profit de la terre grossissant, à chaque exploitant nouveau, toute une nuée de crues de cens s'ajouta peu à peu au cens originaire.

A mesure que les cens successifs s'étagèrent ainsi sur la terre, on en vint à oublier lequel parmi eux était vraiment le premier, lequel était le seigneur censier et comment s'étageaient les autres. Il y eut de fréquentes confusions sur l'ordre des cens. On confondit le cens originaire dû au seigneur et les surcens successifs. Or, d'après la technique de la censive, seul le cens du seigneur censier avait un caractère seigneurial, car seul le seigneur censier était investi du domaine direct vis à vis du censitaire. On éprouva à cause de cela le besoin de bien distinguer les différents cens. On interdit même pour éviter la confusion à tout premier censitaire, d'aliéner sa censive en retenant lui-même sur la terre aliénée un autre cens. C'est là l'origine pratique de la règle "cens sur cens ne vaut". Mais il était impossible d'empêcher le censitaire de tirer un profit pécuniaire de sa censive quand il ne pouvait plus ou ne voulait plus l'exploiter. On imagina alors de recourir au procédé de la rente foncière. Le censitaire, au lieu de sous-accenser sa censive, ce qui était interdit, la baillait à rente foncière. Le bailleur retenait sur la terre un droit réel de rente, qui comportait le paiement annuel à lui par le preneur à rente d'une redevance perpétuelle analogue à celle qu'on aurait obtenue d'une sous-inféodation. La différence essentielle qui séparait le bailleur à rente du seigneur censier, c'est que le droit réel du premier ne comportait aucune directe seigneuriale et par conséquent ne pouvait être confondu avec le domaine direct du second.

Le premier cens conserve seul un caractère seigneurial.

Le résultat de tout ce mouvement fut donc de bien différencier, dans leur nature, les redevances issues de la censive originale qui étaient, elles, de caractère seigneurial, des cens ou rentes postérieurs successivement promis à chaque changement de possesseur qui étaient de nature purement civile. Le premier cens, né de la concession à censive proprement-dite, c'est le chef cens. Une fois le chef cens distingué de tous les cens postérieurs, le seigneur pouvait sans danger pour lui se désintéresser de la constitution de ces cens successifs auxquels il avait dû apporter autrefois la plus grande attention. Pendant longtemps on conserva pourtant pour la concession d'un surcens ou d'une rente, la nécessité de l'autorisation du seigneur, mais elle tomba peu à peu en désuétude et ni pour elle ni pour

Le caractère
recognitif
du chef cens.

Distinction
des diffé-
rentes caté-
gories de
cens dans
Beaumanoir
et le Grand
Coutumier.

la constitution de la rente foncière aucun consentement du seigneur ne fut plus exigé.

Cette histoire explique qu'on rencontre, dans les théories du cens, différents noms attachés à ces espèces différentes de cens: le cens originai-re de nature seigneuriale, avec toutes ses conséquences habituelles: le chef cens est soumis à la justice foncière du seigneur censier et n'est pas considéré comme une dette ordinaire soumise aux règles habituelles de compétence. Les concessions superposées de crofts de cens, sont d'ordre purement civil et soumis à la compétence ordinaire. De même encore le chef cens étant de nature seigneuriale est considéré comme la seigneurie, comme imprescriptible quant à son existence et à son taux. D'ordinaire du reste il est très peu élevé et on dit que ce chef cens est simplement recognitif de la seigneurie. Cela tient à ce qu'à l'époque où il a été concédé la terre avait peu de valeur: le croft de cens est soumis à toutes les règles du droit commun de la prescription. On trouve tout cela résumé dans Beaumanoir et dans le Grand Coutumier; Beaumanoir n° 703-704. Dans le n° 703 il commence par parler du (chef) cens et indique qu'en cas de défaut de paiement du cens par le censitaire, le seigneur censier a droit à une amende. Dans le n° 704 il s'occupe du surcens ou cens costier: "Une autre manière de cens i a que l'en doit apeler seurcens ou cens costier, et de teus cens a il mout as bones viles". Ce sont les plus nombreux. De même nature sont les rentes. "Si comme il ont vendu a prendre leur mesons deniers de rente, ou leur leur eritages, et si ne demeure pas pour ce que li drois cens n'en soit paies a autrui", ce qui n'empêche pas que le chef cens ne doive être payé à un autre, au seigneur censier "ou si comme aucuns baille a seurcens a autrui ce qu'il tenoit a droit cens d'autrui seigneur..." c'est le censitaire qui baille sa censive à surcens, c'est-à-dire à rente "en teus manières de surcens, n'a point d'amende qui ne le paie à droit jour", car aucun droit de seigneurie n'a été violé.

Distinction analogue au Grand Coutumier de Charles VI. Chap. XI du Liv. III p. 645: "Justice foncière est avoir cens sur ses sujets qui est dit chef cens, ou menu cens, de tournois ou de maille, ou de gros cens comme de vingt sols, aucunesfoys de trente, mais non une grosse rente, car elle n'est pas de telle nature: car du cens non payé, l'on paie amende cinq ou six sols selon la coutume du lieu."

Etant déterminée la nature du cens, nous

arrivons à l'examen, comme pour le fief, des sanctions qui portent sur ce cens qui manifeste le droit de domaine direct du censier.

La sanction du non paiement du cens dans Beaumanoir.

La saisie et l'amende - Distinction selon qu'il s'agit d'un cens costier ou d'un chef cens.

Si le censitaire ne paie pas son cens, quelle sanction va-t-il encourir ? Beaumanoir établit très bien ici la distinction entre le droit cens et le cens costier. Pour celui-ci le non paiement ne comporte que le droit de saisir la terre donnée à cens, selon la procédure civile. Cette saisie faite selon les usages comporte, dit Beaumanoir, seulement le droit d'ôter "l'huis"; d'ôter les portes et fenêtres et non de s'emparer de la terre saisie pour en jouir, car elle appartient au censitaire. La sanction consiste à empêcher le titulaire d'y habiter et d'en jouir sans prétendre en jouir soi-même: "en teus manieres de seurcens n'a point d'amende qui ne le paie a droit jour; ainçois convient que cil qui a le seurcens se plaigne au seigneur du tresfons quant l'en ne li paie au jour, et adonques se li seurcens est deus seur ostise, li sires doit fere oster les uis tant que li seurcens soit païés". La sanction consiste donc dans cette procédure tandis que s'il s'agit du chef cens, n° 704 et 703 le non paiement comporte une amende due par celui qui en était tenu "Nous avons of aucune fois par devant nous que, -quant aucun des seigneurs demandoient leur cens et leur rentes a leur sougiés et il n'en estoient pas païé au jour, il prenoient pour leur cens ou pour leur rentes et pour l'amende...." Cette amende due pour le chef cens a donc dû été discutée. Etant donnée la multiplication des autres cens pour lesquels on ne paie pas l'amende, Beaumanoir éprouve le besoin de tirer les choses au clair. Il fit citer devant lui ceux qui avaient difficulté et on fit une distinction: l'amende serait due par ceux qui auraient promis un cens en argent "Et leur fu prononcé par jugement que cil qui ne paieroient a jour leur droit cens rendroient le cens et l'amende simple si comme V.s. par la coutume de Clermont et VII. s. et demi par la coutume de pluseurs viles qui sont en la contee". Au contraire ceux qui ne devraient comme cens que des redevances en nature ne seraient pas tenus de l'amende. "Mes voirs est que pour rentes de bles et d'aveines et de chapons et de gelines, n'avons-nous pas veu user que l'en en pait amendes; ainçois quant on ne les paie a jour, s'eles sont deues pour masures, on puet oster les uis et les fenestres, ou prendre des muebles, a ceus qui les doivent; et se l'en n'i trueve riens, l'en puet

saisir les eritages pour lesqueus les rentes sont deues et tenir tant que l'en soit paie des rentes et des arrierages". On en vint donc à traiter les cens en nature, qu'ils fussent chef cens ou surcens, comme les surcens ordinaires et à ne pas leur infliger l'amende.

La sanction courante de la censive c'est donc, en laissant de côté l'amende, la faculté d'enlever l'huis et d'empêcher le censitaire de se servir de la chose.

Tel était l'état aux XIII^e et XIV^e siècles.

Avant le XIII^e siècle, il est à croire que le parallélisme avec le fief était plus complet en ce sens que, outre la saisie, on usait aussi de la commise, c'est-à-dire que la censive, faute de paiement, faisait retour au seigneur. Beaumanoir et le Grand Coutumier n'en disent rien: cependant la commise est une des sanctions de l'emphytéose romaine et a dû s'appliquer à la censive, puis au XIII^e siècle cette sanction disparut. Il ne subsiste plus que la saisie.

Il faut du reste marquer que c'est le fonds et non le détenteur qui doit le cens. En conséquence: 1^o - on ne trouve dans tous les textes aucune trace d'une action personnelle contre le censitaire. Pas d'action personnelle quand il s'agit du chef cens lequel ne comporte aucune obligation personnelle et pas davantage pour obtenir le paiement du cens costier. 2^o - De même qu'on ne peut exercer une action personnelle contre le censitaire, de même le censitaire à cette époque peut s'exonérer de tout paiement en accomplissant le déguerpissement, en laissant aux mains du saisisseant la maison dont on a enlevé l'huis. Cette faculté de déguerpissement est caractéristique. La terre qui doit le cens répond de tous ceux qui n'ont pas été payés, même de ceux qui auraient couru pendant la possession d'un autre que le détenteur actuel.

Ce caractère réel, manifeste à l'origine, s'atténue à mesure que la diffusion des cens costier et du bail à rente foncière conduisit à des conventions plus nuancées. Beaumanoir (n° 693) signale des exemples d'engagement personnel du débirentier, "convenances et obligations.....si comme, quant aucun prent bois à essarter ou vigne à planter à certaines redevances, et s'oblige par pleges ou par foi ou par contreacens d'eritage à paier les rentes du lieu qu'il a pris par tel condicion qu'il ne le puet lessier; en cel cas ne puet on pas lessier l'eritage, ains convient que l'en tiegne sa convenan-

La commise
avant le
XIII^e Sc.

Caractère
réel de la
dette de
cens.
Son atténua-
tion ulté-
rieure.

ce".

Si bien que peu à peu la notion purement réelle de la censive se modifia et il s'introduit dans cette censive des clauses, ordinairement empruntées au bail à rente, rendant le censitaire personnellement responsable de l'obligation au cens, et le soumettant non seulement à l'action réelle, mais en outre à une action personnelle, comme s'il était débiteur.

Dans le domaine des sanctions, le non-paiement du chef-cens comporte donc une amende et le recours à la saisie censuelle, opérée par le seigneur censier lui-même, tandis que le non paiement du surcens ou cens costier n'autorise qu'une saisie civile permise et opérée par le seigneur justicier, sans que cette saisie entraîne ni le gain des fruits par le saisisseur ni la perte de la possession civile par le censitaire ou débi-rentier.

Les deux sanctions qui se différencient ainsi à l'origine ont eu par la suite dans les trois derniers siècles de notre histoire tendance à se rapprocher par l'effet de la dégradation constante de la saisie censuelle. La justice foncière fait place pour les deux saisies à la justice publique et pas plus pour l'une que pour l'autre on ne peut se passer du concours de l'autorité publique. Comme en compensation, une action personnelle naît et se développe au profit du crédi-rentier depuis le XIV^e siècle aussi bien du seigneur censier que de celui qui n'est investi que d'un surcens. Cette action personnelle accordée au censier a même l'avantage d'être privilégiée sur l'immeuble, sans que cela nuise à l'action réelle qui résulte du caractère même de la censive et qui est plus ancienne.

Tout cela dit, il reste à préciser, comme nous l'avons fait pour le fief, l'étendue du droit du censitaire sur sa censive, ce que vaut ce domaine utile qui lui est accordé.

Le droit du censitaire à la jouissance de sa censive a été de très bonne heure considéré comme très étendu. Grand Coutumier p. 647: on reconnaît au censitaire même la faculté de démolir la maison concédée en censive sous prétexte que la concession porte moins sur la maison que sur le sol: "Tous propriétaires (et on qualifie comme tel le censitaire) peuvent desmolir et abatre leurs molis pour faire jardin, s'il ne leur est défendu de par les censiers. Mais le seigneur censier ne peut faire cette défense". Il faut que la défense de démolir soit insérée dans la concession elle-même, sans quoi on interprète le silence de l'acte comme autorisant

Etendue du droit du censitaire sur sa censive.

la démolition. A plus forte raison le censitaire peut-il modifier le mode d'exploitation de sa censive et il n'y a à cet égard aucune limite à sa liberté.

La faculté d'aliéner.

Le point le plus intéressant est la faculté d'aliéner. Elle a été de très bonne heure reconnue au cas de transmission à cause de mort. Dans le Centre de la France, dans le Parisis, cette faculté a été reconnue sans qu'on l'ait subordonnée au paiement d'un profit comme le rachat ou le relief pour le fief. Mais dans la région d'Orléans ou du Vexin, on a admis la nécessité des profits (Etablissements de Saint Louis 11.19 - Justice et Plet XII.9 mentionnent encore ces profits).

La faculté d'aliéner entre vifs a été naturellement reconnue plus tard que celle de transmettre héréditairement. Pourtant, de bonne heure aussi on l'a admise sans la nécessité d'aucune autorisation du seigneur censier. Reste cependant de cette autorisation, peut être exigée originairement, une trace en ceci qu'il a fallu jusqu'à la fin de l'ancien droit recourir au seigneur pour ensaisiner l'acquéreur: le transfert de la propriété n'est entièrement et définitivement accompli qu'après cet ensaisinement. Il en a été de même pour le fief et on sait comment on a tourné cette obligation par le jeu de fief. On n'a pas eu besoin de recourir au jeu de censive, car l'obligation d'ensaisiner elle-même s'est faite assez vite de plus en plus légère jusqu'à ce qu'on ait proclamé dans la Coutume de Paris que "ne prend saisine qui ne veut". Nous sommes bien renseignés sur cette histoire par le Grand Coutumier de Charles VI pp. 264 et ss. Titre 23: "De saisine en censive": Au XIV^e siècle, comment, pour transférer une censive, le censitaire doit-il s'y prendre? Le censitaire vendeur doit dans les huit jours de la vente venir se dessaisir de sa censive aux mains du seigneur censier et lui dire: "Sire, j'ai vendu à tel, tel héritage, ou tel cens, ou rente sur tel héritage mouvant de vous en censive pour tel pris, si m'en dessaisi en votre main et veuil et vous requiers que ledit acheteur ensaisinez.

Le vendeur se dessaisit entre les mains du seigneur qui ensaisine l'acheteur.

On a même conservé pour ce dessaisissement des formalités qui remontent à la période franque "en seigne de dessaisissement doit bailler audit seigneur ung festu, vel aluid soit maître ou procureur".

Le vendeur requiert en même temps que le seigneur ensaisine l'acheteur.

La seconde cérémonie est que l'acheteur doit demander ensaisinement, présenter des lettres de vendue et offrir le profit de vente "Et est à savoir que le seigneur ne l'ensaisira point s'il ne veut jusques à tant qu'il voit les lettres de la vente, lesquelles il pourra retenir, jusques à ce qu'il soit payé de ses ventes et saisines. Ces droits fiscaux sont au nombre de deux. Il doit d'abord payer les "ventes" droit proportionnel de 12 %. "Nota que en censive selon l'usage de Paris et communément l'acheteur doit les ventes et la saisine ou seigneur foncier - c'est assavoir pour chacune livre des ventes vingt deniers. En second lieu, la saisine, c'est-à-dire un droit fixe d'1/2 denier "Et pour saisine tant soit le marché grant ou petit l'en ne paye pourtant le marché hors XII deniers. L'acheteur doit offrir de payer les redevances et présenter son contrat de vente. Le seigneur doit alors ensaisiner l'acheteur et lui remettre des lettres de saisine scellées de son sceau: Lettres de saisine, scellées du scel dudit seigneur, ou de son bailli ou député, annexées par les lettres de la dite vente". Il y a donc deux catégories de lettres remises à l'acheteur: lettre de vendue (contrat de vente) et lettre de saisine (ensaisinement). Ces lettres de saisine ne purgent pas la terre des charges qui la grèvent. Elles n'ont même pas pour résultat de rendre le titre de celui qui a été ensaisiné inattaquable. Le suzerain se désintéresse de toutes les difficultés qu'on pourrait soulever sur la propriété. Il n'ensaisine que réserve faite de mon droit et l'autrui. Si l'acheteur ne vient pas dans les huit jours de la vente, il doit une amende de soixante sols à Paris, quelle que soit la durée de son retard et de six sous, six deniers en Champagne, pour les premiers huit jours de retard qui s'élèvent à 60 sous au-delà d'une année.

Si le retard vient du vendeur qui ne se dessaisit pas, l'acheteur peut, dans les huit jours, aller trouver le seigneur, lui dire qu'il est prêt à lui demander la saisine et à payer le profit, lui demander "scouffrance"; il actionnera son vendeur en dessaisine. S'il y a des lettres, on ira devant le juge à qui le sceau attribue la juridiction. S'il n'y a pas de lettre on ira devant le juge ordinaire où le vendeur est levant et couchant. Même si le vendeur et l'acheteur étaient d'accord pour annuler la vente, néanmoins le droit de vente resterait acquis au seigneur du jour même du contrat. C'est là une différence avec le fief ou la révocation du contrat privé le suzerain de tout profit.

Redevances dues au Seigneur.

C'est ici en effet que s'insère le jeu de fief qui permet aux parties qui ne demandent pas la saisine, de ne pas payer le quint. En matière de censive au contraire, le profit du suzerain est dû en tout état de cause au bout de huit jours, à supposer même que les parties se soient résolus à annuler le marché. L'annulation du marché ne peut les soustraire à l'obligation de le payer. La condition du censitaire est donc plus dure que celle du vassal.

Mais, relativement à ce paiement des droits, la sanction est moins énergique que quand il s'agit du fief. Le seigneur peut, pour obtenir le paiement de ses droits, 1° - agir devant le juge ordinaire qui a compétence sur l'acheteur, il a à ce sujet une action personnelle; 2° - il a la faculté de faire convenir l'acheteur devant lui par voie de supplication au seigneur justicier, en demandant à celui-ci qu'il renvoie devant la juridiction censuelle le censitaire vendeur; 3° - Une troisième sanction consiste dans le droit pour le seigneur d'arrêter et mettre le gazon de l'héritage en sa main, mais cette saisie n'a pas pour résultat d'enlever à l'acquéreur la possession civile de la chose achetée, alors même qu'il n'aurait pas payé les ventes. Enfin si c'était le seigneur qui refusait d'ensaisiner l'acquéreur, l'acheteur irait devant le seigneur supérieur et il agirait alors par l'appel de défaute de droit et pour déni de justice.

Il en est ainsi au XIV^e siècle dans toute la région parisienne, l'usage est de recourir à la formalité qui gardera le nom de dessaisine saisine. Cette formalité a pour effet de faire acquérir immédiatement à l'acquéreur la possession civile de la censive et de servir de point de départ au délai du retrait lignager. On sait que toutes fois qu'on vend une censive il est possible au lignage du censitaire aliénateur, de déclarer prendre le marché pour lui. Il a ordinairement pour prendre parti un délai d'an et jour. La formalité de dessaisine saisine fera courir ce délai (Coutume Notoire de Jean Desmarest Cout. 124 dans Brodeau: com. sur Paris II^e vol. in fine).

En notre matière il n'est pas question de réserver au seigneur un droit de retrait comme pour le fief. Il ne semble pas qu'il en soit question ici: Décision de Jean Des Mares Déc. 204. (2^e compilation sur l'origine exacte de laquelle il y a des difficultés et qui sans être peut-être de Jean Des Mares appartient à notre époque).

La dessaisine-saisine nécessaire au

Sanctions du
non paiement
des droits
au seigneur.

Effets de la
dessaisine
saisine.

XIV^e s. ne tarda pas à perdre sa rigueur. Dès cette époque, si elle a bien cet effet de mettre tout de suite en possession civile l'acquéreur et de faire courir le délai du retrait lignager, n'est pourtant pas nécessaire à l'acquisition de la propriété. On estime que celle-ci est transférée par les lettres de vendue intervenues entre les parties (Cf. J. Des Mares. Cout. 72 "aucun ne puet estre propriétaire s'il n'est ensaisiné realment et de fait par le seigneur d'icelle propriété....Et vera est consuetudo, excepto in censu, car, par la condition des lettres, la seigneurie de ce censive s'acquiert sans estre vestu par le seigneur", qui le dit expressément). La possession civile transférée par l'ensaisinement peut même de l'avis de tous, s'acquérir sans que l'ensaisinement ait eu lieu, rien que par la possession de fait prolongée durant l'an et jour. Au bout de ce délai la possession civile est acquise. (J. Desmarest Cout. 124 et Déc. 189). Si bien que quoique le dessaisinement en matière de censive soit habituel, on peut donc dire que cette formalité de la dessaisine saisine n'est tout de même plus nécessaire et que déjà à cette époque point la règle qui va consacrer la décadence de l'intervention seigneuriale et qui sera formulée au XVI^e siècle: art. 55 et 59 Paris de 1510: "Ne prend saisine qui ne veut", et Coutume de 1580 art. 82: "Ne prend saisine qui ne veut, mais si on prend saisine, sera payée douze deniers parisis pour la saisine". Cette maxime a pour résultat, malgré toutes les précautions prises pour aboutir à l'ensaisinement, de faire que le seigneur va se trouver la plupart du temps désarmé pour l'obtenir. Sans doute on doit prendre saisine, mais ne prend saisine qui ne veut, de sorte que le seigneur n'est pas en droit d'exiger que le censitaire et son acquéreur accomplissent cette cérémonie. Cette formule s'introduisit dans la Coutume de 1510 sans qu'on puisse dire comment. On est surpris de ne pas trouver trace de résistance de la noblesse. Toutefois cette résistance dut être moins grande parce que la formule n'a pas toujours été entendue dans un sens bien efficace.

On permit bien au censitaire de ne pas demander la saisine mais s'il s'abstient de la demander il n'échappe qu'au droit fixe de 12 sous; le défaut d'ensaisinement ne fait pas disparaître l'obligation pour le censitaire de payer les ventes de 12 % qui était comme impôt la chose la plus substantielle. C'est peut-être bien parce que la noblesse gardait l'essentiel de son droit pécuniaire qu'elle

La règle ne prend saisine qui ne veut.

A défaut d'ensaisine..

ment le censitaire doit pourtant payer les ventes.

accepte la formule. Paris, art. 76 dit en effet: "Droits de vente dus au seigneur censier sont de douze deniers un denier, qui est pour chacun franc seize deniers parisis".

Il n'est pas question du point de savoir quand ces 12 deniers sont dus. On a cessé de lier ces 12 deniers à la formalité de l'ensaisinement, on les en a distingués et on a obligé à payer ces 12 % même dans le cas où il n'y a pas d'ensaisinement. L'article suivant, 77, édicte même une amende contre le vendeur qui n'a pas fait notifier la vente à son seigneur. En ce cas, en effet, il se peut que le seigneur ne soit pas averti de la vente et ne puisse réclamer ses 12 %, Art. 77: "Pour ventes récelées, et non notifiées au seigneur censier dedans vingt jours de l'acquisition est dû un escu, et un quart d'escu d'amende au seigneur censier". Depuis le XVI^e siècle, on fit donc bien disparaître le droit fixe de saisine, mais on ne porta guère atteinte à la substance des droits fiscaux qui appartenaient au seigneur censier et cette réglementation a duré jusqu'à la Révolution.

Efforts de la pratique pour diminuer les droits du seigneur.

La pratique, qui tendait toujours à diminuer les droits des seigneurs, s'efforça sur un autre point d'amoindrir le droit du censier en faisant d'abord rejeter entièrement le droit du seigneur censier à la saisie censuelle, depuis le XVI^e siècle. Cette saisie censuelle n'a même plus place dans la coutume (Cf. Arrêt du 10 Mai 1526 dans Brodeau, Comm. sur Paris I, p. 723). L'art. 81 de la Coutume de Paris de 1580 consacre cet abandon définitif de la saisie censuelle: "Les Ventes et amendes se poursuivent par action seulement. Mais le seigneur censier pouvait réclamer les ventes par la voie d'une action s'il n'avait plus la saisine; laquelle action était garantie hypothécairement par l'immeuble.

Par la suite il semble même qu'il y ait eu du côté des seigneurs censiers une sorte d'offensive destinée à accroître encore le montant de ce profit de vente. Sur le texte même de la Coutume de Paris on imagina de prétendre que si le droit de 12 % était bien celui qu'on pouvait réclamer, il n'y avait pas de bonne raison de ne l'exiger que du vendeur, mais qu'on devrait aussi l'exiger de l'acheteur. On émit donc la prétention de faire payer le droit de 12 % deux fois, par le vendeur et par l'acheteur. La pratique contraire triompha et fit maintenir l'unité du droit de 12 %.

Il y eut enfin de longues controverses quant aux contrats entraînant perception de profit:

bail à rente rachetable ou perpétuelle, rente constituée, partages et licitations. C'est plutôt sur ce terrain des contrats donnant droit à perception des profits que la pratique sut retrouver quelques avantages.

Voilà l'essentiel de cette histoire. A la veille de la Révolution, la situation est donc à peu près la même qu'au moment de la rédaction des Coutumes. La pratique a lutté pour diminuer les droits, le seigneur pour les augmenter, mais sans qu'aucun d'eux ait obtenu un changement appréciable. Il fallut la Révolution pour faire disparaître toute cette réglementation.

Je ne dirai rien de la faculté de démembrer la censive. Il n'y avait pas ici la même raison de maintenir l'indivisibilité qu'on avait fait valoir pour le fief. Les services de la censive sont essentiellement des redevances pécuniaires et par conséquent divisibles. Si on morcelait la censive on morcelait du même coup et dans la même proportion la redevance due à cette occasion, mais cela était sans dommage pour le seigneur censier. Aussi la faculté de démembrer de la censive a-t-elle été accordée en quelque sorte par omission sans qu'on ait éprouvé le besoin d'en parler.

Je n'ai parlé là que de la censive au sens technique du mot, c'est-à-dire celle qui implique réserve de la supériorité féodale. Pour les autres droits de cens ou de rentes j'y reviendrai plus tard.

Le champart.

De la censive il faut rapprocher une autre tenure usitée dans le Parisis et dans la région centrale de la France, le champart (compi pars) qui s'en distingue en ce que, au lieu d'un cens en argent, le tenancier doit au seigneur une part des fruits et le montant de sa redevance varie selon l'importance de la récolte comme dans notre métayage.

Ce champart s'applique ordinairement à des terres ensemencées et attribue au seigneur une quotité variable à peu près dans les limites suivantes: on reconnaît au seigneur 1/7 ou 1/8 de la récolte. Le censitaire a naturellement à sa charge tous les frais d'exploitation et de moisson. Celui-ci coupé et lié, le censitaire doit prévenir le sergent du seigneur ou sergent champartier et le prier de venir compter les gerbes pour prendre à chaque fois le 1/7 ou le 1/8°. Après cette opéra-

Le démembrement de la censive.

Le champart attribué au seigneur, une quotité de la récolte.

tion seulement le tenancier pourra rentrer sa récolte dans sa grange. Il est obligé du reste de conduire au seigneur sa part dans sa grange (Beaumanoir n° 895 mentionne déjà quelque chose de tout à fait semblable: "Pierres si champarta a un sien tenant une piece de terre et commanda a son tenant qu'il li amenast .XXX. gerbes..." Beaumanoir a inséré ici une discussion tenant à ce que le débiteur avait compté les gerbes au départ. Mais il en manquait une à l'arrivée et le seigneur avait la prétention d'infliger au preneur à chmpart une amende.

Le champartier est puni d'une amende de 60 sous (Beaumanoir n° 852 p. 437) quand il n'a pas averti le seigneur de l'enlèvement de la récolte ou fourni sa part.

A cause de ce partage des fruits, le tenancier doit rigoureusement cultiver la terre. L'obligation est moins stricte pour le censitaire, car le censitaire doit le cens même si la terre ne rapporte rien. Ici au contraire le seigneur à chmpart n'a droit à rien si la terre ne rapporte rien. Si pendant trois ans elle n'est pas cultivée elle revient au seigneur (Grand Coutumier p. 277).

Lors de la rédaction des coutumes, certaines s'expliquent formellement sur le droit du seigneur de reprendre sa terre au bout de trois ans de friches. Cf. Blois art. 134 et Berry T. X art. 23.

D'autres coutumes au sujet du chmpart sont muettes sur ce droit du seigneur de reprendre la terre (Orléans) mais on admet d'ordinaire que c'est une sorte de droit commun: le seigneur peut par une sommation et une sentence l'y autorisant prendre possession de la terre.

A l'époque où la culture de la terre changea beaucoup, à la fin du XIV^e siècle et au XV^e siècle, c'est une question de savoir si le tenancier à chmpart peut changer la culture sans autorisation du seigneur, puisque celui-ci est intéressé à la culture. Blois art. 131 et autres coutumes lui refusent absolument ce droit tandis que Montargis III. art. 1 autorise ce changement moyennant une indemnité si le seigneur y perd. C'est la solution à laquelle on s'est généralement arrêté au XVIII^e siècle: la culture de la terre ne peut être changée que sous réserve d'une indemnité au seigneur s'il venait à y perdre. Pothier, Chmpart p. 442.

L'histoire du chmpart est parallèle à celle de la censive. Il y a deux sortes de chmpart

Histoire du champart parallèle à celle de la censive.

comme deux sortes de cens: le champart originaire concédé par le seigneur censier et qui constitue un droit seigneurial comme le chef cens de la première censive; on presume que ce premier champart est d'ordre seigneurial quand il n'y en a pas d'autre avant lui et que les champarts successifs, concédés par chacun des censitaires à leur tour, ne sont que des droits purement fonciers.

De même le champart comme la censive comporte lors de son aliénation le paiement d'un droit de lods et ventes, mais qui n'est imposé qu'à celui qui a un champart d'ordre seigneurial, c'est-à-dire à celui qui a reçu le premier champart. Le Grand Coutumier, p. 270, fait bien cette distinction entre ces deux sortes de champart.

Le champart seigneurial est imprescriptible comme le chef cens et ne se purge pas par décret c'est-à-dire par la vente publique, car elle ne fait disparaître que les droits qui ne sont pas d'origine seigneuriale.

Très répandu aux XIII^e et XIV^e siècles, le champart disparaît dans la région parisienne lors de la grande crise agricole du XV^e siècle. La Coutume de Paris n'en dit rien. Au contraire, en Orléanais il a subsisté. Cf. Coutume d'Orléans T. IV art. 142 et ss. Pothier a même écrit un traité des champarts, où il parle de ce qui se passe dans cette région.

A côté du champart on pourrait citer bien des variétés de droits fonciers qui s'en rapprochent, notamment le terrage en Berry (T. X art. 23-27) un peu plus dur que le champart, car il exige pour son aliénation le consentement du seigneur; au contraire dans Coutume de Blois t. I, le droit de terrage est affranchi du droit de ventes et relief (art. 135). Enfin la même tenure se retrouve encore dans la Marche (XXVI art. 331), c'est de la censive qu'il est issu. Longtemps il a été confondu avec elle: il en est encore ainsi dans Beaumanoir. On l'a imaginé pour suppléer au sous-accensement qu'on avait interdit. Il répondait comme le sous-accensement à un double besoin pour le censitaire: 1° - se libérer des charges de l'exploitation en confiant la culture de la terre à un acquéreur, tout en conservant avec cette terre un lien foncier qui maintiendrait assise pour toujours sur elle la fortune familiale que représentait cette exploitation longtemps possédée: aucune richesse n'est comparable pour l'homme et pour les siens à la terre qu'il a travaillée.

2° - recevoir comme prix de l'exploita-

L'interdiction du sous-accensement est à l'origine du bail à rente.

tion transmise non pas comme dans la vente, un capital mobilier, car de cet argent le censitaire n'aurait su que faire, puisqu'il lui était interdit de le prêter à intérêt - mais bien plutôt la promesse d'une rente annuelle fournie par l'acquéreur et qui n'était que la représentation d'une part dans les fruits de la terre et la manifestation d'un droit réel que le censitaire aliénateur entendait se réservier à toujours dans cette terre.

LE BAIL A RENTE.

On avait écarté la pratique du sous-accensement par crainte d'une confusion entre la tenure seigneuriale du seigneur censier et toutes les autres tenures étagées en sous-censive. Chacune donnant lieu à la perception d'un cens, elles se seraient beaucoup ressemblées. On aurait vite fini par ne plus distinguer la première, celle à laquelle était attaché le domaine direct. Il valait mieux arriver à un système un peu différent qui put cependant satisfaire le censitaire sans nuire au seigneur censier. C'est de là qu'est sorti le bail à rente. La grande différence entre la bail à rente et la censive c'est que le bail à rente ne comporte pour le bailleur à rente aucune directe seigneuriale et par conséquent ne peut être confondu avec le domaine direct du seigneur censier. Celui qui abandonne l'exploitation de sa terre en la baillant à rente garde bien sur sa terre un droit réel qui se manifestera par l'obligation de l'acquéreur de payer au bailleur des arrérages annuels semblables au chef cens, mais le bailleur à rente, s'il garde sur la terre un droit réel ne peut prétendre sur elle à aucun domaine direct, même à aucune espèce de domaine.

Cette rente foncière que le censitaire constitue n'est en réalité que ce que, au XIII^e siècle, Beaumanoir connaissait déjà sous le nom de cens costier ou surcens. C'est lui qui a conquis, vis à vis du chef cens sa pleine autonomie, qui s'en est dégagé comme institution juridique distincte. La séparation entre les deux, date sans doute de la fin du XIII^e siècle, on ne sait pas bien encore dans quelle région cette séparation a apparu tout d'abord. Il est possible qu'elle se soit faite plus tôt en Normandie (Legras, Le bourgage de Caen, Thèse Paris 1911 pp. 142 et sq.

Différenciation du bail à rente et de la censive au cours du XIII^e sc.

où on trouve des textes qui laissent croire que dès le début du XIII^e siècle, le bail à rente y est constitué. Au centre, la confusion a pu persister plus longtemps. Ainsi dans Beaumanoir, encore à la fin du XIII^e siècle, la distinction n'est pas très nette entre la censive proprement-dite, le cens costier et la rente. M. Olivier-Martin estime qu'à Paris la séparation se fit dès le début du XIII^e siècle (T. I. p. 446).

Le trait caractéristique qui sépare la censive du bail à rente, c'est que, comme le bailleur ne conserve aucune directe seigneuriale, il n'a plus aucun droit d'intervenir dans l'aliénation faite par le censitaire propriétaire de sa tenure. L'aliénation du fonds baillé à rente est vis à vis du bailleur à rente libre de tout droit de mutation et de toute nécessité de consentement.

De même, il ne sera plus question ici au profit du bailleur à rente d'aucun droit de juridiction sur la tenure qu'il a baillée. Dans la forme des actes, cela se traduit parce que, de plus en plus, au lieu que ce soit comme dans la censive, le censier qui déclare concéder la censive au censitaire contre certains services ou certaines corvées, ou le paiement de certaines redevances, ici c'est le tenancier, le preneur à rente qui reconnaît devoir une rente sur la terre qu'il détient et exploite. M. Legras fait bien ressortir cette différence de forme, au moment même où le bail à rente se sépare de la censive.

Le contrat de rente foncière, une fois formé, s'est à son tour diversifié. Il a présenté deux applications différentes qui, au début, ne se sont pas juridiquement distinguées, n'ont pas obéi à des règles différentes, mais qui, à partir des XV^e et XVI^e siècles se sont de plus en plus éloignées l'une de l'autre.

1^{re} application: c'est celle que je viens de décrire, le censitaire voudrait aliéner sa censive, tout en gardant un lien durable avec la terre et recevoir la récompense de son labeur antérieur sous la forme d'une redevance annuelle, à lui promise pour toujours. Il ne peut sous-accenser sa terre; il la baillera à rente. Son acquéreur entrera en possession de la terre de la même manière qu'un sous-censitaire, il la prendra grecée d'abord du cens dû au seigneur censier qu'il devra soutenir et fournir chaque année. En outre, il s'engagera à fournir à son vendeur au lieu du capital mobilier dont celui-ci n'aurait que faire, une ren-

Différence caractéristique avec la censive, absence de directe seigneuriale.

Applications du bail à rente.

1^o - vente à charge de rente, le census reservativus.

te, un droit de cens qui correspond à l'intérêt de ce capital. L'ancien censitaire baillera sa terre à rente perpétuelle au lieu de la bailer à sous-cens. Ce sera un census reservatus. Le bailleur à rente se réserve sur la terre un droit réel dont l'existence se manifeste par l'obligation de l'acheteur de lui payer une rente annuelle.

2° - Une seconde application vient à se répandre: il se peut que le censitaire, tout en désirant conserver l'exploitation de sa terre ait besoin de capitaux pour l'améliorer ou pour faire face à un désastre qui a dégradé sa terre. Il est obligé de faire des dépenses pour la remettre en bon état. Il cherche des capitaux pour continuer son exploitation dans des conditions plus fructueuses; un voisin les lui fournit. En récompense de ce capital, le censitaire concède à son bailleur de fonds un droit de rente foncière, dont les arrérages seront comme le revenu du capital prêté. Le résultat juridique est le même que tout à l'heure, la terre se trouve aux mains d'un exploitant qui est tenu de payer une rente annuelle à raison d'un droit réel concédé sur la terre et représentant le capital fourni. Cette rente est bien une application du bail à rente, puisque le bailleur de fonds sera investi d'un droit dans la terre semblable à celui du bailleur à rente antérieur et comme lui perpétuel, mais cette application nouvelle a reçu un nom particulier: c'est la rente constituée, ou census constitutivus - alors que le nom de rente foncière est plutôt réservé à la première application.

Le bail à rente est pratiqué surtout dans ces deux circonstances, bien qu'on puisse en imaginer d'autres, (j'ai supposé que l'acquéreur recevait une somme d'argent; il peut bien s'il le veut, sans avoir rien reçu, ou en ayant reçu un service d'une autre nature, constituer en récompense ou gratuitement une rente.)

Ce bail à rente offrait au bailleur une grande sécurité: le paiement de la rente promise était assuré, car, comme le bailleur était investi d'un droit réel sur la terre, si le censitaire ne payait pas la rente au terme fixé, le bailleur pouvait reprendre la possession du fonds pour se payer directement sur les fruits du fonds. Il en était ainsi sans difficulté dans la première application du bail à rente (cas où le bailleur à rente a fourni lui-même la terre à l'exploitant); on en pourrait douter pour la rente proprement constituée, celui qui a reçu la rente n'ayant jamais été anté-

2° - Le census constitutivus ou la rente constituée sur un fonds.

Avantages du bail à rente.

rieurement possesseur de la terre. Mais la constitution de rente est originaiement traitée comme le bail à rente foncière proprement dit. Ces deux applications avaient en effet ce trait commun que le droit du créditeur est un droit réel, non pas sans doute un droit de domaine mais un droit réel sui generis sur la chose.

Et même comme tel, ce droit réel était perpétuel. La règle en effet pour les droits réels est qu'ils ont en principe un caractère perpétuel, sauf exception comme l'usufruit. Ce caractère perpétuel, qui est de la nature du droit réel, avait pour conséquence que le droit de rente ne pouvait jamais disparaître que du consentement des deux parties. On ne peut exproprier quelqu'un de son droit réel sans son consentement.¹ L'exploitant ne pouvait donc s'affranchir de l'obligation de payer les arrérages qu'autant que son bailleur à rente aurait consenti à être remboursé du capital. On disait à cause de cela que la rente était irrachetable, le propriétaire ne pouvait pas racheter sa rente au moyen d'une somme d'argent comme le débiteur hypothécaire peut s'affranchir et de sa dette et de l'hypothèque qui la garantit en remboursant la dette. A l'inverse, le créateur, le bailleur à rente ne pouvait jamais réclamer le remboursement de ce même capital, à moins que le débiteur, le censitaire, n'y consentît. Si l'un des deux s'y refusait il était impossible de libérer la terre de sa rente: la rente était donc perpétuelle en ce double sens que le capital de la rente ne pouvait ni être exigé ni être remboursé malgré la volonté de l'une des deux parties. C'est là la grande différence entre la rente constituée et le prêt à intérêt. Dans le cas de la rente constituée, ce que désirait le tenancier était d'attirer un capital qu'il put incorporer à sa terre qui l'accroîtrait et durerait autant qu'elle. Aujourd'hui il ferait un emprunt dont il paierait les intérêts: autrefois il vendait une rente dont il promettait les arrérages à perpétuité, sauf entente entre les parties. Dans cette opération les arrérages ne sont sans doute pas autre chose que les intérêts du capital. Mais au point de vue juridique on ne les considère pas sous cet aspect. L'intérêt suppose un capital prêté et remboursable. Ici il n'en est pas question, le remboursement n'est pas admis. Le capital s'est incorporé à la terre dont il fait maintenant partie et a pris sa nature: c'est une parcelle d'immeuble, de sorte que les arrérages sont considérés non comme les intérêts d'un capital, mais comme correspondant aux

Caractère
perpétuel et
irrachetable
de la rente.

fruits supplémentaires produits par la terre, dont il est juste que le produit aille à celui qui a enrichi la terre.

Le bail à rente permet d'échapper à la prohibition canonique du prêt à intérêt. L'intérêt de cette analyse était de parvenir par ce moyen à soustraire, même la rente constituée, à la prohibition canonique du prêt à intérêt. La rente constituée a été en effet le procédé usité au Moyen Âge pour réaliser le prêt à intérêt. Les canonistes ont accepté cette analyse et admis que la rente était légitime alors que l'intérêt ne l'était pas. Au fond ils avaient dû admettre cette conciliation parce que cette institution de la rente était plus favorable que le prêt à intérêt à l'emprunteur. On n'avait plus à redouter qu'un emprunteur ne fut précisément dans une mauvaise année, obligé de rembourser, alors qu'il serait hors d'état de le faire d'où vente onéreuse du patrimoine, saisis, toutes choses dont l'éventualité résultait du caractère temporaire du prêt et qu'écartait le caractère perpétuel de la rente. Par là la condition de l'emprunteur était certainement améliorée. Les préoccupations de l'Eglise au profit des pauvres gens trouvent ici leur application.

On récompense le crédirentier en lui offrant la sécurité qui résulte d'un droit réel. Mais en même temps, il subit en contre-partie toutes les conséquences même dommageables du caractère réel de son droit. Cela est encore à noter au point de vue de la situation avantageuse de l'emprunteur vis-à-vis du crédirentier. Le droit du crédirentier étant un droit réel subit tout naturellement tous les risques de la chose. Quand un homme recourt au procédé de l'emprunt, peu importe sa situation économique postérieure: il doit rendre. Ici, c'est le créancier qui va subir les fluctuations économiques. Si la chose pérît, pérît aussi la rente. Le crédirentier supportera le contre-coup de toutes les diminutions de valeur, destructions de la chose si fréquentes alors, comme il profite d'ailleurs aussi de tous ses accroissements et améliorations. Mais ce profit n'est que théorique puisque le montant de la rente est fixe.

Enfin, dans un autre ordre d'idées, toute constitution de rente ou tout bail à rente est considéré comme l'aliénation d'un droit réel, en principe définitive. Et alors si elle est à titre onéreux, elle donne au seigneur droit au profit comme toute autre aliénation de même genre. Enfin une fois créée cette rente est une richesse distincte qui pourra s'aliéner ou s'engager comme tout autre droit réel.

Voilà le mécanisme général de ce droit de rente si original et dont on ne trouve aucun précédent dans la législation romaine. Tout ce mécanisme nouveau s'élabore au cours du XIV^e siècle, c'est depuis cette époque qu'il nous en faut suivre l'histoire.

Danger que présente le bail à rente: la faculté de déguerpissement.

Toute cette construction offrait un grave danger: c'était la facilité même avec laquelle on permettait d'aggraver peu à peu la charge de la terre. On risquait de voir cette charge s'accroître de plus en plus alors qu'on n'entrevoit jamais pour la terre aucune libération, à cause du caractère perpétuel du droit de rente. Si les profits de l'exploitation au lieu de s'accroître venaient à faiblir par suite de circonstances fortuites, comme il y en eut beaucoup à cette époque, il se pouvait que l'exploitant ne laissât plus à l'exploitant une marge suffisante de rémunération; qu'une fois payées toutes les rentes, il n'ait plus de quoi vivre. En ce cas, l'exploitant, qui en principe n'est grevé que d'un droit réel de rente, préférat quitter la terre pour se libérer de sa rente, se soustraire par déguerpissement au paiement de la rente. Voilà le danger. Cela pouvait devenir un malheur public. Quand les circonstances se faisaient mauvaises, beaucoup de gens abandonnaient la terre, elle restait en friche et le pays tout entier s'apauvrisait.

Le danger fut soupçonné par les hommes avisés dès que la constitution de la rente fut soustraite à tout contrôle du seigneur, c'est-à-dire presque au début de l'institution. Il ne se manifesta avec acuité qu'aux environs du XV^e siècle. Mais les hommes des siècles antérieurs ont de bonne heure aperçu ce danger. Entre 1300 et 1338 une discussion entre l'abbaye de Saint-Denis et les habitants le prouve. Saint Denis exerçait encore le droit de contrôler les crofts de cens, c'est-à-dire la création de rentes foncières et se refusait à abandonner ce droit. Elle dût céder et c'est de cette époque que date l'indépendance complète des tenanciers dans ce domaine. Mais l'Abbaye ne céda qu'à la suite d'une discussion dont nous avons conservé l'écho. Un des arguments que l'abbaye invoquait pour maintenir son droit de contrôle, était précisément le danger d'un accroissement inconsidéré des cens. (Cf. Archives nationales K 937, n° 17, § 67, Olivier-Martin p. 377 n. 1).

Tels sont les principaux traits de ce bail à rente aussi intéressant au point de vue éco-

nomique qu'au point de vue juridique.

Sans l'étudier de façon complète, il importe d'examiner deux points essentiels.

Points à examiner.

1° - Sanctions accordées au crédi-rentier. Il n'a qu'un droit, celui d'obtenir des redevances périodiques. Il est juste qu'on lui en fournisse le moyen. C'est dans l'étude de ces sanctions que réside presque toute entière l'étude du bail à rente. 2° - Histoire de ce droit de rente: on verra que les deux applications de la rente ont vécu côte à côte, soumises à la même réglementation, jusqu'au XVI^e siècle où elles se sont séparées et ont formé l'une le bail à rente foncière et l'autre la constitution de rents.

I. Sanctions accordées au crédi-rentier.

La saisie gagerie. Ces sanctions sont d'abord une saisie gagerie. Si on suppose que le débirentier ne paie pas sa rente, le crédi-rentier va invoquer le droit réel qui lui appartient sur la chose. Ce droit réel lui permet de recourir à la terre pour se payer sur elle de sa rente. Il fera saisir-gager les fruits et les fera vendre jusqu'à concurrence des arrérages qui lui sont dus. S'il s'agit d'une maison il opérera la même saisie gagerie sur les meubles qui la garnissent et les fera vendre. Cette saisie gagerie est issue de la saisie privée qui appartenait au seigneur censier. Mais elle en est différente. Ainsi le seigneur censier pour opérer sa saisie usait de sa juridiction censuelle, tandis qu'ici le crédi-rentier doit s'adresser à la justice publique, se faire accompagner d'un sergent, puisqu'il ne s'agit pas d'un devoir féodal.

Nécessité pour y recourir d'avoir la saisine de la rente.

Cette saisie-gagerie ne peut être accordée qu'à celui qui a un droit d'apparence certaine. Le crédi-rentier n'y pourra recourir que s'il est en possession de sa rente, c'est-à-dire si le débirentier a l'habitude de lui en payer les arrérages. Il ne serait pas admissible qu'après avoir laissé passer plusieurs termes sans se faire payer, le crédi-rentier put, sans autre jugement, recourir à cette saisie. La possession ou saisine de la rente se perd par l'an et jour. Si le crédi-rentier n'a pas reçu paiement de ses arrérages pour les trois derniers quartiers il ne pourra pas user de cette saisie gagerie pour réclamer le paiement du quatrième. La possession ne sera pas perdue s'il y a des raisons qui expliquent l'inaction du crédi-rentier par exemple celle-ci qu'il n'y ait eu de fruits

Sa forme à Paris: l'action en cas de saisir et de quitter.

Action personnelle en paiement du cens.

Action hypothécaire: exécution du bien.

Difficulté résultant de la pluralité de rentiers.

aux trois derniers quartiers où que la maison ne contenait aucun meuble... Il n'a ni négligé son droit ni perdu sa possession, il a manifesté une vigilance suffisante mais les évènements ne lui ont pas permis d'agir.

Cette procédure a été introduite par une ordonnance de Mars 1288 de Philippe le Bel dans la région parisienne. Elle instituait même un privilège au profit des Bourgeois de Paris. Dans tout le cours du XIV^e siècle, cette procédure est très employée sous le nom d'action en cas de garnir ou de quitter. On sommait le tenancier de garnir les lieux ou de déguerpir. Ailleurs, on trouve quelque chose d'analogique mais d'une pratique moins aisée. Il faut obtenir une condamnation contre le tenancier et souvent il faut en arriver à la procédure ordinaire d'exécution et de vente par criées.

Une 2^e sanction existe surtout pour le cas où on aurait perdu la saisine. On pouvait alors recourir à une action personnelle en paiement du cens. On estimait que la jouissance du bien par le tenancier avait engendré à sa charge une obligation de payer la rente. Cette obligation avait un caractère personnel. On attaquait donc personnellement le tenancier. Celui-ci ne perdait pas pour cela la faculté de déguerpir, mais cette faculté lui permettait seulement de se libérer des arrérages à venir, tandis qu'il avait été tenu personnellement des arrérages en cours par le fait même de sa jouissance. Le déguerpissement ne lui était possible qu'après avoir payé les arrérages échus. (Cf. Grand Coutumier p. 317: "Mais luy peuvent tous lesdits censiers demander leurs arrérages depuis escheus").

En dehors encore de cette action personnelle, il y en avait une autre parce que l'action personnelle était accompagnée ici d'une action hypothécaire, ce qui ne doit pas surprendre puisque le crédirentier avait un droit réel sur la chose. Il s'agit non plus de saisir les fruits mais la terre et de faire procéder à la criée et à l'exécution du bien frugifère lui-même. Dans les régions où la saisie gagerie n'a pas pu être appliquée, comme à Paris, on était obligé d'en venir à cette procédure d'exécution par voie de criée.

Mais les choses sont ordinairement plus compliquées: il est extraordinaire qu'il n'y ait qu'une seule rente sur une terre, de sorte qu'il faut non seulement satisfaire un rentier non payé de ses arrérages, mais aussi concilier les demandes

des différents rentiers successifs et établir entre eux un règlement qui correspond à l'ordre entre créanciers hypothécaires. C'était là la principale difficulté. Dès Beaumanoir, n° 705, on accepte cette règle que les rentiers successifs doivent être payés selon l'ordre de date de leur cens: "L'en doit savoir quant pluseur gent ont seurcens seur aune meson ou seur autre eritage, et la chose dechiet en tel maniere qu'il ne pueent pas estre tuit paié, li plus anciens cens doit estre premiers paies et puis li autre en ordre selonc ce que chascuns est plus anciens. Et se perte i a, ele tourne seur les darreniers, se ainsi n'est qu'il vuelle prendre l'eritage et paier les drois cens au seigneur et le seurcens a ceux qui l'i ont".

Les principes mêmes de ce règlement sont déjà nettement énoncés par Beaumanoir. Mais en réalité la procédure a été organisée de façon beaucoup plus complète dans la région parisienne à partir de l'Ordonnance de 1288.

Je reviens un instant sur la détermination des diverses sanctions dont je n'ai donné plus haut qu'une énumération incomplète. J'ai signalé l'existence de la saisie gagerie; celle d'une action personnelle contre l'exploitant pour les arrérages courus durant sa possession et enfin celle de l'action hypothécaire contre l'immeuble grevé de rente à raison des arrérages même courus antérieurement à la prise de possession par le détenteur actuel.

Sur toutes ces sanctions Cf. Pothier, Rente foncière p. 81 et ssq. de la petite édition.

J'ai omis de vous signaler une 4ème action qui se développe au XV^e siècle, l'action mixte dont vous trouverez l'étude, le traité de Loyseau sur le déguerpissement. C'est une action réelle en ce sens qu'elle s'appuie sur le droit réel de rente foncière et peut être exercée contre tout possesseur de la terre. Elle est en même temps personnelle en ce sens qu'elle résulte de ce que les conclusions à tirer de cette action sont dirigées contre la personne du détenteur et que ces conclusions personnelles tendent à faire condamner le possesseur actuel à passer titre de la rente et à la continuer personnellement à l'avenir. C'est un moyen pour le crédirentier dépourvu de titre authentique de s'en procurer un (Pothier p. 84).

D'ordinaire enfin, cette action mixte se combine avec les deux actions précédentes, la personnelle et l'hypothécaire et on l'introduit en

même temps qu'elles par un même exploit. Elle est comme le complément de la garantie du crédirentier, pour lequel l'action personnelle garantit les arrérages actuels, l'hypothécaire les arrérages passés et l'action mixte les arrérages à venir. Avec tout cet attirail d'actions on suffit à tous les besoins Cf. Paris, art. 99 accorde ces actions contre tous les détenteurs et propriétaires, c'est-à-dire non seulement contre l'exploitant propriétaire, mais encore contre ceux qui auraient des droits réels différents sur la terre exploitée (usufruitier, crédirentier qui se serait mis en possession, etc,...) Tel est l'ensemble des garanties du crédirentier, organisé tout entier par notre ancien droit en s'inspirant du droit romain, notamment de la procédure de l'action hypothécaire.

En voilà assez sur les actions accordées aux rentiers. J'en arrive au second point déjà annoncé plus haut, le concours entre rentiers sur une même terre. La principale difficulté se présente en effet quand il y a plusieurs rentes de dates différentes superposées l'une à l'autre, cas extrêmement fréquent. Quels seront les rapports des différents titulaires de rentes ? La grande règle c'est que ceux qui sont les premiers en date sont aussi les premiers payés. Chacun d'eux est investi des actions que nous venons d'étudier et qui ne sont particulières à aucun. Cette règle remonte assez haut. Elle est déjà formulée par Beaumanoir, n° 705 : "L'en doit savoir quant pluseur gent ont seurcens seur aucune meson ou seur autre eritage, et la chose dechiest en tel maniere qu'il ne pueent pas estre tuit païé, li plus anciens cens doit estre premiers païés, et puis li autre en ordre selonc ce que chascuns est plus anciens. Et se perte i a, ele tourne seur les darreniers, se ainsi n'est qu'il veuille prendre l'eritage et paier les drois cens au seigneur et le seurcens a ceux qui l'i ont". Chacun est payé suivant son rang et la perte, s'il y en a une, tombe sur les plus récents, sauf leur droit de prendre à leur compte la terre dont s'agit en désintéressant les rentiers qui peuvent leur être antérieurs.

Beaumanoir énonce le principe. Plus tard, une procédure d'ordre a été organisée. Elle l'a été de bonne heure, puisqu'il en est déjà question dans l'Ordonnance de 1288.

Originaiement le règlement entre les rentes n'a lieu qu'après la saisie de l'immeuble gre

Concours entre plusieurs crédirentiers de dates différentes.

La procédure d'ordre dans Beaumanoir.

vé de rente et après la conclusion de la procédure d'exécution. Cf. Grand Coutumier p. 318: "Tout ce que dit est, est à entendre en la ville et faux-bourgs de Paris où le privilège s'entend: car autrepart, si arrérages sont deus, il faut appeler le propriétaire si il est présent, et si il est absent, que par lettres du roy, vece praeconia par les carrefours, et à l'issue de la paroisse, puis requérir un curateur, et avoir condempnacion contre lui, et par vertu d'icelle condempnacion faire crier ledit heritage". C'est la procédure d'exécution, suivie d'une procédure d'ordre ou répartition des deniers perçus entre les différents crédirentiers.

Paris liaison entre la procédure d'exécution et la procédure de répartition.
Le Grand Coutumier.

Cette procédure est habituellement assez longue. Aussi à Paris, dans un but de simplification, se mit-on à mener les deux procédures ensemble, la procédure d'exécution et la procédure de répartition. Dès le début on assigne tous les crédirentiers en les mettant en demeure de produire. Ceux-ci ont chacun individuellement le droit de se substituer s'ils le veulent au propriétaire défaillant, quand il a laissé la maison vide et ne paie pas les arrérages. Ils peuvent prendre possession des terres ou maisons et les garnir en leur nom dès le début de la procédure en se substituant au propriétaire dans sa possession et dans ses charges. Si un des rentiers prend ainsi la terre, il doit le faire avec précaution, sous peine d'être tenu de répondre de toutes les rentes dues par la terre, même de celles postérieures en date à lui et auxquelles il aurait été préféré dans un règlement ordinaire. Il a donc tout intérêt à ne prendre possession qu'après avoir fait des réserves et mis les rentiers postérieurs à lui en demeure de garnir ou de quitter, c'est-à-dire après leur avoir successivement demandé s'ils sont désireux de se substituer à l'exploitant défaillant, et de payer les rentes à sa place. Ou bien ces crédirentiers postérieurs acceptent la responsabilité de la terre. Ils en prennent possession, se substituent à l'exploitant et répondent du paiement de tous les arrérages: le résultat est satisfaisant pour le crédirentier. On garnira l'immeuble ou on lui paiera une rente. Ou bien ils refusent de prendre cette responsabilité, on les considère alors vis à vis des rentiers antérieurs à eux, comme quittant leur rente, comme y renonçant, comme estimant que la terre est incapable de leur en payer les arrérages. La situation se trouve allégée au profit des autres créanciers qui sont libérés des arrérages dus aux créanciers renonçants au cas où

eux-mêmes voudraient prendre la place du propriétaire. C'est ce qu'explique le Grand Coutumier à la p. 315: "Toutesfois et quantes que aucun censiers ou rentiers ont droit de prendre et recepvoir chacun an sur aucune maison ou héritage, aucun droit de cens ou rentes, ou autre redevance, des quels le droit de l'un est premier et précédent, le droit de l'autre dernier et subséquent et que aucun arrérages en sont deux au premier censier, le droit dernier est obligé pour le premier, tellement que celui qui a le dernier droit est tenu de garnir le lieu suffisamment en telle manière que le premier en puisse trouver à gaiger pour sa rente pour le temps passé, présent et avenir et pour les arrérages. Et si le dit dernier censier en est refusant ou contredisant, tout son droit doit estre adjugé au premier censier, luy condamné à luy délaisser et es despens faicts, pour cause de son reffus et contredict".

Ainsi le droit des derniers créanciers tombera et le premier créancier pourra sans grand danger reprendre lui-même la terre. Alors il la reprendra libérée de toutes les rentes qui sont postérieures à la sienne. Il ne sera plus tenu que de faire honneur aux rentes qui l'auraient précédé.

Cette procédure a ce caractère particulier que, par ce système d'offres successives et sans qu'on ait eu recours aux criées et à la vente, on va par cette simple mise en demeure successive, libérer la terre de toutes les rentes qu'elle n'est pas en état de supporter. Cf. Grand Coutumier p. 319: "Nota que si ung censier est condamné à garnir envers ung aultre censier celui qui est condamné peult garnir par provision de justice en la main du commissaire, sans qu'il soit tenu de mettre la maison en estat, en protestant que pour garnison que il face, ce n'est pas pour accepter la propriété, mais pour conserver son droit de censive, mais que la garnison soit signifiée à la partie dedans les XL j cors". Le crédirentier n'est donc pas obligé de prime abord, pour conserver son droit de censive de garnir la maison. Mais il devra mettre les autres en demeure de la garnir. S'ils ne le font pas, il interviendra lui-même "Et cela est fait à très bonne cautelle car s'ils garnissaient sans aultre protestacion, ils deviendraient propriétaires et ne pourraient jamais convaincre les censiers qui sont après eux. Mais durant cette solemnité et cette protestacion, ils peuvent bien convaincre et destruire les censives qui sont après eulx, et puis

estre propriétaires si ils veulent et eux mettre en saisine par le seigneur foncier". Voilà dans ses grandes lignes cette procédure particulière à la région parisienne: on la trouve aussi dans les Sentences civiles du Chatelet de Paris qui en contiennent de très nombreux exemples (publiées par Olivier-Martin n° 75-78). De même lire dans les Coutumes Notoires de Jean Desmarez n° 115, 117, 119.

Cette procédure spéciale à Paris est exceptionnelle. On n'en trouve pas trace dans les autres recueils de droit, même dans les traités de la fin de notre ancien droit. Ainsi dans Pothier (Contrat de bail à rente) rien de semblable. Cette procédure dura à Paris pendant les XIV^e et XV^e siècles. À cette époque elle semble avoir disparu, absorbée par la procédure des criées devenue de plus en plus fréquente. L'action de garnir, elle-même, semble avoir aussi disparu. Par contre les autres actions subsistent.

Quand, ailleurs qu'à Paris, on employait la procédure ordinaire d'exécution, le concours entre les divers crédirentiers était réglé de la même manière que le concours entre créanciers hypothécaires dans l'action hypothécaire.

Voilà la marche des sanctions. À l'inverse, il ne faut pas oublier les garanties accordées au tenancier relativement au poids de sa dette. La plus intéressante de ces garanties résulte de ce fait que l'obligation de l'exploitant est une obligation réelle, une obligation assise sur la terre et qui dérive de sa possession. Dès le XIII^e siècle on a dégagé en même temps que ce caractère, sa conséquence naturelle: le propriétaire censitaire, n'est tenu personnellement des cens et rentes qui grèvent sa terre que pour la durée de sa jouissance. Tant qu'il jouit, il est grevé de l'obligation réelle résultant de cette jouissance et d'autre part on en vint même parfois à faire de cette obligation réelle une obligation personnelle en supposant que la jouissance du censitaire engendre comme un quasi contrat avec le débirentier, qui devient responsable du droit du crédirentier. Son obligation résultant de la possession de la terre éteinte, il peut pour l'avenir se soustraire aux cens et rentes, ainsi qu'aux recours quant à la possession de la terre. Beaumanoir n° 394: "...car autrement pourroient gasigner li barosteuer en leur barat, s'ils pouoient tenir leur eritages et leur rentes concevoir une gient piece, et puis dire: "Je vous laisse l'eritage", sans riens paier; car bien

Cette procédure reste spéciale à Paris.

Du caractère réel de la rente il résulte que le propriétaire n'est tenu que pour la durée de sa jouissance.

pourroit estre qu'il devroient plus d'arriérages que li eritage ne vauroient, et ainsi perdroient li seigneur par la tricherie...." Ce passage signifie que le tenancier peut bien se libérer en abandonnant la terre mais il ne peut se libérer qu'eul égard aux arrérages à venir; il peut faire déguerpissement, mais celui-ci ne le libère que pour l'avenir.

Tentative des romanistes pour refuser le droit de déguerpissement au premier preneur de cens.

Quand vint la renaissance du droit romain, les Romanistes essayèrent de refuser la faculté de déguerpir au moins au premier preneur censitaire en alléguant qu'il s'était personnellement obligé par le contrat au paiement des arrérages. L'acquéreur de la censive aurait eu seul le droit de déguerpir. Celui qui aurait traité originairement avec l'ancien propriétaire au moment de la première concession en censive aurait seul renoncé au droit de déguerpir s'étant personnellement obligé par contrat aux arrérages (Acurve). Quelques coutumes même encore au début du XVI^e siècle (Orléans 1509) acceptaient ce raisonnement. Tout cela avait pour but de lier plus étroitement au paiement de la rente certains détenteurs. Mais cette interprétation fut rejetée à la Réformation par la seconde Coutume d'Orléans, art. 134 et 412 qui traitent le preneur lui-même comme tous les autres détenteurs successifs. Même pour ce premier bénéficiaire, le caractère réel de la rente l'emporte si bien qu'il a le droit de se libérer par le déguerpissement. Cf. Nouvelle Coutume Paris 1580, art. 99 et 104.

Son échec:
Le caractère réel de l'obligation s'accentue.

Cette faculté de déguerpissement apparaît même si naturelle, qu'on la reconnut au preneur dans les coutumes dont le texte ne l'accorde expressément qu'au détenteur. A plus forte raison quand la coutume ne s'est pas expliquée, on admis que le preneur avait le droit de déguerpissement. (Brodeau sur Loult Lettre L.D.Ch. 41) - Loyseau qui s'est beaucoup occupé du déguerpissement (Traité L. IV Ch. 10 n° 637) prétend ne pas vouloir retirer cette faculté au preneur ou au possédant actuel, à supposer que la coutume en prive expressément "ceux qui sont tenus et obligés personnellement sauf à ceux qui, par quelque clause particulière du bail, telle celle de fournir et faire valoir, ont contracté l'obligation personnelle spéciale de payer la rente à toujours. Il faut qu'en dehors de l'engagement de fournir la rente, jugée trop peu probante, il ait inséré quelques termes plus expès, qui montrent qu'il a entendu s'obliger personnellement. Autrement, il ne serait tenu que réellement (Pothier. Bail à rente foncière n° 111). En sorte

que depuis le XV^e siècle, alors qu'auparavant on avait travaillé à charger le possesseur d'une obligation de caractère personnel, le caractère réel de l'obligation du débirentier va au contraire en s'accentuant. La théorie du déguerpissement prit un développement considérable dont le Traité de Loyseau permet de se rendre compte.

Telles sont les sanctions du bail à rente et le droit de déguerpissement.

II. Histoire de la rente foncière.

Elle est pour nous pleine d'intérêt et d'enseignements. On y voit comment les tendances très favorables originairement au caractère personnel de l'obligation et qui ont disparu devant la faveur accordée au déguerpissement, ont pris leur revanche en dissociant les deux applications du bail à rente et en développant une théorie autonome de la rente constituée qu'on va bien séparer désormais de la rente foncière et lui opposer.

Mais auparavant il faut donner quelques explications sur les faits qui ont entraîné ces modifications.

Danger que présentait l'augmentation des rentes sans rapport avec la productivité de la terre
La rente foncière au XIII^e siècle est un procédé qui suppose pour son bon fonctionnement une bonne santé foncière et un système encore lent de transactions. Le seul moyen de crédit est en effet alors la terre; on ne peut la charger qu'au fur et à mesure que s'accroît sa productivité. On ne peut la grever de rente nouvelle qu'autant qu'une meilleure culture procure au propriétaire un rendement supérieur. D'autre part le caractère perpétuel de la rente fait que la terre ne pouvant jamais se libérer s'endette toujours et que le poids qui la surcharge s'accroît de plus en plus. Si un jour il se trouve qu'il y ait déséquilibre entre la croissance trop lente de la productivité de la terre et le besoin croissant de capitaux qu'il y faut incorporer, on risque de briser l'instrument de crédit sans être parvenu à satisfaire aux nécessités économiques. C'est ce qui arriva. Au XIII^e siècle et en partie au XIV^e siècle, la prospérité économique maintint la France dans un état d'équilibre suffisant. Certains cependant redoutaient déjà l'accroissement excessif des rentes dont ils voudraient que l'établissement fût surveillé. Aussi Beaumanoir à la p. 360: "Et à la coutume qui maintenant queurt l'en ne peut vendre ne donner de nouvel seurcens seur eritage qui ne

Pour Beaumanoir
l'intervention
du suzerain de-

vait écar-
ter le danger.

le doit de long tans, sans le seigneur du lieu...". Pour lui, dans ce pays au moins, on ne peut mettre de nouveau cens ou nouvelle rente, même sans caractère seigneurial, sans que le seigneur féodal y intervienne: "car il a esté defendu pour ce que li aucun chargeoient si leur mesons ou leur eritages de teus cens quant ils avoient mestier de deniers, que l'en lessoit après les mesons pour ce qu'els estoient trop chargies; ou, quant eles cheoient, on ne les vouloit refere; et li autre eritage en demeuroient aucune fois en fries parce qu'il ne trouvoient qui oirs s'en fist pour la charge du surcens". Les héritiers abandonnaient parfois la terre plutôt que de se charger du surcens. "Et pour ce sont maintes mesons decheues et maint eritage agasti, et pour ce est la défense bonne". Beaumanoir lui-même, bien que l'état économique fut alors prospère, prévoit donc le danger de cette organisation sans contrôle.

Toute surveillance de la part du suzerain disparut cependant et pendant un temps assez long la prospérité continua néanmoins. Mais quand vinrent les mauvais jours, à la fin du XIV^e siècle et durant la première moitié du XV^e siècle, pendant la guerre de Cent Ans, quand se produisirent dans toute la France les dévastations, les pillages, les incendies, le parcours incessant des grandes compagnies, les villes se dépeuplèrent, les maisons cessèrent d'être habitées, les terres d'être cultivées. Les propriétaires incapables de payer les rentes, n'eurent que la ressource d'abandonner les terres ou de laisser les bâtiments tomber faute d'entretien. Les preuves de cet état de choses sont nombreuses, notamment pour Paris, Amiens (1293), Béthune (Oct. 1403), Tournai (Juillet 1410). Toutes ces dates correspondent à des actes législatifs qui signalent ces faits et tâchent d'y remédier. Une Ordonnance de 1421, une autre de 1428, sous la courte durée de la domination anglaise essayèrent de pallier à cet état de choses. Des mesures analogues furent prises à nouveau en 1441 par Charles VII.

Le préambule de cette dernière ordonnance explique tout ce que je viens d'essayer de dépeindre; il parle de Paris, des faubourgs dont les maisons "sont trop grandement et excessivement chargées de rentes et hypothèques".

C'est pour venir au secours de cette détresse que cette Ordonnance a été portée. Cette Ordonnance consacre, en dehors de mesures destinées à assurer la mise en criée des maisons laissées à l'abandon, un système de rachat des rentes au prix

Conséquences des crises du XIV^e sc.

Une ordonna-
nce de Charles
VII de 1441
organise le
rachat des
rentes.

de leur constitution ou au denier douze, 8 %, sans que pour ce rachat on soit désormais obligé d'obtenir le consentement du crédirentier. Le système avait déjà été tenté occasionnellement en 1424 et 1428. Jusque-là les rentes étaient en principe irrachetables. Les clauses expresses de rachat n'étaient pas prohibées mais étaient en fait très rares. Depuis cette époque au contraire, elles se multipliaient, d'où distinction: les rentes rachetables, c'est-à-dire celles que le propriétaire exploitant avait faculté de racheter à des conditions fixées par le contrat et les rentes irrachetables pour lesquelles il fallait le consentement des deux parties. Pour libérer la terre, on autorisa le rachat même sans clause expresse. Ce fut le procédé auquel on eut recours pour tenter de restaurer le crédit de la terre.

Voilà un premier phénomène qui caractérise le début du XV^e siècle. En sens contraire, à la même époque, ou plutôt quelques années plus tard, un fait économique inverse se produisit. On éprouva un grand besoin de capitaux et de crédit, non seulement pour restaurer les terres, mais surtout pour suffire au développement brusque du commerce et de l'industrie. À la fin du XV^e siècle, en effet, les grandes découvertes se succèdent. On voit se produire presque subitement un grand afflux de matières premières qu'il faut transporter et travailler; le besoin d'un outillage nouveau se fait sentir et aussi de capitaux pour le créer. Jusque-là la terre seule avait été un instrument de crédit: elle y devint insuffisante. De sorte qu'il fallut en venir à d'autres procédés, notamment au crédit personnel qui était resté jusque-là si peu répandu.

Il apparut difficile de l'organiser sur le modèle romain, c'est-à-dire au moyen du prêt à intérêt puisque depuis le IX^e siècle, il était en butte à la prohibition canonique. On interdisait l'intérêt en considérant qu'il y avait une faute morale à réclamer des intérêts à l'emprunteur d'un capital et la loi civile avait ajouté ses propres sanctions à celles de la loi canonique.

Il fallut donc bien se servir du vieux crédit foncier pratiqué jusque-là, en tâchant de l'adapter à une nouvelle fonction et en infléchissant la théorie de la rente, pour permettre à ce contrat de jouer le rôle du prêt à intérêt, sans se heurter à la prohibition qui rendait le prêt inutilisable.

Ce sont ces transformations doctrina-

les qu'il convient maintenant d'indiquer.

Double application à l'époque ancienne du bail à rente.

La rente a eu dès l'époque ancienne, une double application. D'abord la rente foncière proprement dite, en cas de cession par l'exploitant de la terre qu'il tenait en censive, cession à un nouveau possesseur moyennant rétention à son profit d'un droit perpétuel de rente sur la terre baillée à rente: *census reservatus cens ou rente* dans laquelle l'aliénateur se réserve un droit réel sur la terre qu'il aliène au nouvel exploitant. Cette forme de la rente foncière supplée à la prohibition de sous-accensement. C'est là la première application. Il en est une seconde. Dès Beaumanoir on connaît ce qu'on appelle plus tard la rente constituée le *census consignatus*. Il s'agit de la vente d'une rente par l'exploitant actuel qui reste en possession de la terre et vend un droit réel sur sa terre dont le prix est un capital fourni par l'acquéreur de la rente. Un censitaire se procure ainsi les fonds dont il a besoin pour améliorer sa terre.

Ces deux applications reposent sur le même fondement juridique.

A l'époque ancienne ces deux applications ont la même nature juridique et le droit de rente est toujours un droit réel sur un immeuble. Il est muni des mêmes sanctions quel que soit l'ordre d'application dans lequel il a été créé. De même ces deux sortes de census sont également perpétuels. C'est ce droit général qui se présente indifféremment sous l'une ou l'autre de ses deux applications que nous avons jusqu'ici étudié. Il est arrivé sans doute qu'au cours du XV^e siècle, accidentellement la misère a obligé à organiser un régime de rachat forcé, afin d'alléger la terre surchargée de rentes. Mais ce régime de rachat n'était pas plus particulièrement réservé au *census consignatus* qu'au *census reservatus*. En réalité, ce sont les deux débirentiers qui peuvent y recourir. Il n'y a en réalité, pour être exclu de ce rachat que le premier cens, c'est-à-dire la redevance due à raison de la censive proprement dite originaiement concédée. On ne la rend pas rachetable parce que le droit du concédant est un droit de domaine direct et de nature seigneuriale. On ne peut pas qu'un droit seigneurial puisse être éteint par le roturier censitaire sans la volonté du seigneur qui en est nanti. Dans la Coutume de Paris de 1510, encore aucune différence de nature n'apparaît entre le *census reservatus* et le *census constitutus*. - C'est précisément à ce moment qu'il faut nous placer pour voir comment les choses vont changer.

Dissociations de la rente foncière et de la rente constituée au XVI^e siècle sous l'influence de Dumoulin.

Le census consignativus utilisé pour créer un prêt à intérêt.

Difficultés que présentait cette analyse en suite du caractère perpétuel et réel de la rente.

Au cours du XVI^e siècle s'opère une dissociation entre les deux applications de la rente dûe en grande partie à Dumoulin (*Traité de usuris 1546-1547*). Donc des deux sortes d'application de la rente ainsi rappelées, une seule, la rente constituée, le census consignativus va jouer un rôle assez différent et qu'en va utiliser à la satisfaction des besoins nouveaux de tout que j'ai signalé. Pour bien se rendre compte des choses, il faut s'attacher à la doctrine de cette rente constituée. C'est cette doctrine qu'on a infléchie, à partir de cette époque, pour rendre plus facile et plus fructueux l'usage du census consignativus comme prêt à intérêt.

L'application de la rente à ce rôle n'était pas bien aisée. En effet la rente, dans sa conception originale, qui survivra dans la rente foncière, avait deux traits singulièrement incompatibles pour le nouveau rôle qu'on voulait lui assigner.

Elle était un droit réel, perpétuel de sa nature, et c'est même pour rendre la rente perpétuelle qu'on lui avait attaché le caractère de droit réel. On en avait voulu faire un élément immuable du patrimoine familial comme la terre qu'elle grevait. Le deuxième trait c'est que, à cause même de ce caractère réel, la rente devait avoir pour assiette un immeuble. Cela était de toute nécessité. Ne pouvait vendre une rente que celui-là seul qui possédait une terre ou du moins un immeuble. Or beaucoup, parmi les hommes de commerce et d'industrie, pour la plupart hommes nouveaux, artisans des villes, se trouvaient à ce point de vue complètement démunis. Pour que la rente constituée pût

nouveau rôle et secourir ces artisans il fallait qu'auparavant les juristes aient pu parvenir à départir ces deux traits caractéristiques.

Le caractère perpétuel qui signalait la rente était en opposition avec la nature même du contrat de prêt; quand un homme emprunte, c'est parce qu'il veut instaurer vis-à-vis de son prêteur un état provisoire qui durera jusqu'au jour où il est convenu que chacun pourra reprendre sa chose et en jouir comme d'ordinaire, le but du prêt ayant été atteint. Le prêteur prévoit qu'il n'aura que faire de sa chose pendant une certaine durée, pendant laquelle l'emprunteur va profiter, utiliser la jouissance qu'on lui offre grâce à quoi il obtiendra un résultat qui serait impossible s'il était réduit à ses propres forces. Si ces deux hommes prévoyaient l'un de n'avoir plus jamais besoin de sa chose et l'autre de l'utiliser à perpétuité sans en être ja-

mais d'un transfert, d'une aliénation. C'est une conception bâtarde que celle d'un prêt à perpétuité. Ce prêt perpétuel n'est admissible que dans des circonstances exceptionnelles, telles que celles où on se trouvait au Moyen-Age, en face d'un objet non périssable, comme un immeuble avec lequel prêteur et emprunteur désirent l'un et l'autre concurremment conserver une attache qu'ils jugent plus désirable encore à cause de la pérennité du bien. Mais comment songer à la pérennité pour la possession de deniers dont la nature est de servir d'instrument d'échange? Il y a comme antinomie entre l'idée de prêt d'argent et celle de perpétuité.

Quand au second trait il est bien plus aisé encore d'apercevoir qu'on aurait limité singulièrement la portée d'application de la rente constituée si on avait continué à exiger de l'emprunteur qu'il ait la disposition d'un immeuble sur quoi associer la rente. L'objection est d'autant plus frappante que ce n'est plus seulement en vue d'une amélioration de la culture de la terre qu'on recherche des capitaux, mais plutôt en vue de fonder un commerce ou une industrie. Il fallait, pour donner à la rente constituée son utilité, de toute nécessité, en modifier la nature.

Comment, en fait, est-on parvenu au résultat désiré ?

I^o - Quand au droit du débiteur au rachat de sa rente, au remboursement de la somme qu'il a empruntée, le caractère perpétuel de la rente avait été déjà fort ébranlé au XV^e siècle. Les Ordonnances qui en ont permis le rachat ont développé des clauses particulières qui faisaient du rachat une pratique conventionnelle. On s'était mis à stipuler souvent la possibilité de rachat à une certaine date. Cette atténuation conventionnelle au caractère perpétuel de la rente était tout à fait insuffisante. Il fallait en venir à autoriser ce rachat, même en l'absence de toute clause particulière dans l'acte de constitution. Il fallait faire que la faculté de rachat pour le vendeur de rente fût au moins de la nature ou plutôt de l'essence de la rente constituée. Il fallait admettre que, même si on n'avait rien dit la rente pourrait toujours être rachetée et même il convenait peut-être d'aller jusqu'à faire admettre qu'elle serait rachetable même en cas de clause contraire.

Dumoulin, le premier, tenta cette entreprise. Il proposa de distinguer entre deux sortes de rentes : I^o - les rentes qui ne produiraient d'après la convention qu'un intérêt modique, les rentes au

I^o - Reconnaissance progressive du rachat de la rente.

vant le taux de la rente.

denier 20 ou au denier 25, soit 5 % et 4 %. C'était là un taux peu élevé pour l'époque. 2° - de l'autre côté il plaçait celles dont l'intérêt était supérieur et pouvait même aller très haut : au denier 10 (10 %) ou au denier 12 (8 %) qui étaient alors extrêmement fréquentes. Il dit que les premières répondaient chez celui qui les achetait au désir d'un placement stable, durable. Elles étaient encore dans les tendances anciennes et se rapprochaient de ce qu'on demandait autrefois à une rente foncière, c'est-à-dire d'être un placement de famille, destiné à se continuer à travers les générations. Pour celles-là on entrevoit moins la nécessité d'un rachat. Il était conforme à l'intention des parties de leur conserver leur caractère perpétuel. Tout au plus pouvait-on leur permettre de stipuler que ces rentes seraient rachetables. Au contraire les autres, celles prévoyant un intérêt plus élevé ont un caractère d'entreprise plus aventureuse, un caractère spéculatif, commercial qui les rapprochent bien plutôt, par l'intention des parties, de ce qu'est un prêt ordinaire, c'est-à-dire un secours passager dans des difficultés occasionnelles ou un moyen d'accroître sa production c'est cette sorte de rentes que devaient acheter les marchands ou les industriels. Il était donc naturel de les présenter comme des prêts, de les présumer rachetables, remboursables non pas peut-être au gré des deux parties par pitié pour l'emprunteur mais tout au moins remboursables au gré de l'emprunteur. Cette distinction était fine et raisonnable.

Pratique antérieure qui reconnaissait la faculté de rachat pour les rentes nouvelles au denier I2.

D'ailleurs elle avait probablement été inspirée à Dumoulin par la pratique. Il relève dans son traité de usuris N° 195, que la jurisprudence acceptait parfois le rachat pour les rentes au denier I2. Mais cette jurisprudence, moins audacieuse que Dumoulin, n'accordait la faculté de rachat parmi les rentes au denier I2 qu'aux rentes nouvelles. Si la rente était ancienne, il fallait admettre que la faculté de rachat avait été prescrite; en ne rachetant pas plus tôt, l'emprunteur témoignait qu'il avait voulu faire, malgré le taux élevé une opération à longue échéance qu'il convenait de faire rentrer dans la première catégorie. Dumoulin, en exposant cette distinction écarta la restriction de la pratique et affirma que la faculté de rachat était de l'essence des rentes à taux si élevés et que cette faculté de rachat devait être considérée comme imprescriptible. Un arrêt de juir 1545 donna raison à Dumoulin (De usuris N° 166 - I99 - I25 et I28)

D'ailleurs la législation devenait aussi favorable au développement du rachat, puisque en Octobre 1539 une Ordinance, continuant celles du XV^e

siècle, admettait le rachat des rentes constituées sur les maisons de toutes les villes du royaume. L. sambert t. XII p. 645.

La distinction proposée par Du moulin entre ces deux catégories de rentes n'était pas destinée à durer bien longtemps. Elle ne fut qu'un premier pas dans la voie du rachat et dès la fin du XVI^e siècle toutes les rentes constituées, quel que fût leur taux, apparaissent comme rachetables. Cf. Loyseau, traité du déguerpissement L. I Ch. VI § 10 ed. in 4^e p. 25). Même constatation dans les Institutes de Loysel L. IV, T. I des rentes M. 7 : "rentes constituées à deniers sont rachetables à toujours"

Il n'y a donc plus aucune différence entre les rentes quelque soit leur taux et les derniers mots de Loysel font allusion à la petite réserve jurisprudentielle désormais écartée d'après laquelle la faculté de rachat ne pouvait durer qu'un certain temps.

Le rachat ainsi entré dans la nature de rentes constituées devait progresser davantage encore si bien qu'au XVIII^e siècle il n'est plus seulement de la nature mais de l'essence des rentes constituées. On n'admet plus que même une convention contraire puisse priver le débirentier de son droit de rachat (Pothier, Constitution de rente pp. 53 et ss. Ch. II a.4 : la faculté que le constituant doit avoir de racheter la rente : "Les lois tant séculières qu'ecclésiastiques qui ont permis dans le for extérieur et déclaré licite dans le for de la conscience, le contrat de constitution y ont apposé cette condition : que le débiteur qui a constitué la rente, et ses successeurs, auraient toujours la faculté de racheter la rente et de s'en libérer en rendant au créancier la somme qui a été payée pour le prix de la constitution"

En conséquence 1^o - cette faculté est imprescriptible, parce qu'elle est de l'essence de la rente, et 2^o - elle doit être sous entendue dans tout contrat de constitution, même si elle n'y est pas exprimée. 3^o - une clause excluant le droit de racheter rendrait le contrat nul et insuffisant à procurer des arrérages jusqu'à ce que le créancier se soit désisté de cette clause. On ne peut aller plus loin pour assurer le droit de rachat des débirentiers.

En outre il arrive en fait que les crérentiers essaient de tourner le droit de rachat par des clauses insidieuses que Pothier indique et qu'il déclare nulles bien que, au premier abord, elles

Application du rachat à toutes sortes de rentes dès la fin du XVI^e siècle.

Le rachat est considéré comme étant de l'essence même de la rente.

n'enlèvent pas expressément le droit de rachat.

Le droit de rachat s'est ainsi installé dans le contrat de rente constituée.

Ces rentes constituées rachetables se rapprochaient beaucoup du prêt à intérêt. Elles en différaient sans doute encore en ce que le créancier ne pouvait contraindre le débiteur à payer, mais n'empêche que le changement apporté à la théorie de la rente constituée avait rappelé singulièrement la rente constituée du prêt ordinaire.

Les canonistes ne purent pas n'y voir un danger analogue à celui qui s'était révélé dans la pratique du prêt à intérêt et ils se demandèrent si le contrat de rente constituée pouvait être tenu pour valable ou s'il ne devait pas plutôt être soumis aux lois sur l'usure. On en avait déjà discuté au XV^e siècle et des bulles de Martin V, 1420 et de Callixte III, 1455, avaient, après discussion, accepté de soustraire la rente constituée aux règles de l'usure (Cf. Extravagantes III. 5. de Empt. vend.). La controverse se renouvela pourtant et il fallut une dernière Bulle de Pie V, (1568) pour trancher définitivement la question en faveur de la liberté de la rente constituée. Cette bulle fut envoyée sous l'inspiration du jurisconsulte Navarre. En 1568, la rente constituée se trouva donc sauvée de ce danger, mais, pour obtenir ces décisions papales, on dût apporter quelque tempérament à la liberté entière des contractants. On ne prohibe pas le prêt à intérêt sous cette forme, mais on limite sous cette forme l'intérêt exigible. Au XV^e siècle on constituait valablement, d'après la papauté elle-même, les rentes constituées au denier 10, taux élevé, le crédit étant encore peu développé; c'était la doctrine en usage à l'époque de Martin V et Callixte III.

Plus tard la situation économique s'améliorant, on diminua le taux d'intérêt. Un édit de Charles IX, ars 1567, ne permit les rentes constituées qu'au denier 12. Sous Henri IV, un Edit du Parlement de 1601, les limite au denier 16, (7%). En 1634, sous Louis XIII un Edit va jusqu'au denier 18 et en décembre 1665, sous Louis XIV on s'arrête au denier 20 (5%). Il y eut par la suite quelques péripetties au début du XVIII^e siècle et le denier 20 fut rétabli jusqu'en 1725. La réglementation de la rente constituée doit toujours se modeler sur celle du prêt à intérêt, tel qu'il apparaît dans les pays du Midi où la prohibition canonique n'avait pas joué.

Les sanctions à ces limitations varient. En général on ramène la promesse supérieure au taux légal. Parfois on annule la convention tout entière

Résemblance entre la rente constituée rachetable et le prêt à intérêt; attitude des canonistes.

Limitation du taux de l'intérêt; ses sanctions.

Cf. Pothier N° 18.

Telle est l'histoire de l'introduction chez nous du rachat des rentes constituées et le rapprochement entre la théorie de la rente constituée et du prêt.

2° - Comment a été écarté le caractère réel de la rente.

2ème caractère. Le second caractère original de la rente c'est engendrer un droit réel sur un immeuble ce qui oblige celui qui vend la rente à posséder un immeuble sur quoi asseoir cette rente.

Quand la rente constituée fut entrée dans la pratique, bien des gens qui y auraient eu recours ne possédaient pas l'immeuble nécessaire. Ils pensèrent à remplacer cet immeuble par ce qu'on appelle une obligation générale, c'est-à-dire une hypothèque générale de l'emprunteur sur tous ses biens. Cette hypothèque générale ne peut-elle pas remplacer l'immeuble qui peut-être, n'est pas une garantie de valeur supérieure? Cette faculté de substitution devait modifier gravement la doctrine relative aux contrats de rente. Le débiteur pouvait en effet n'avoir que des meubles et l'hypothèque ne porte pas sur les meubles. Même s'il y a des immeubles, on discutait encore pour savoir si l'obligation générale engendrait vraiment un droit réel sur chaque bien du débiteur. Enfin, même à le supposer on risquait de se voir opposer la conception romaine que, dans ce prêt accompagné d'une hypothèque, le droit réel n'est que l'accessoire, le principal étant le droit personnel, alors que dans le contrat de rente c'est l'inverse. Il y avait à cela des conséquences, puisque c'est l'accessoire qui suit la nature du principal et non l'inverse. Il y avait donc des difficultés techniques à accorder cette autorisation. De fait pourtant l'hypothèque générale apparaissait à première vue comme une garantie sérieuse et assez voisine de la rente.

D'un bond Dumoulin alla plus loin (de usuris N° 22). Il s'attaqua de front au problème et imagine une analyse nouvelle de la rente constituée. Il en fit une entité juridique distincte et indépendante de l'immeuble qui constituait d'ordinaire son assiette et admit qu'on pouvait tout aussi bien constituer une rente sur soi-même, sur sa personne que sur un fonds. Ayant ainsi dégagé le droit de rente de l'immeuble sur lequel on l'assigne, il déclarait que l'hypothèque ajoutée à la rente pouvait n'être qu'un supplément de sécurité accordé au crédirentier, qu'elle était donc du ressort de la convention, qu'il dépendait des parties de l'accepter ou de l'écartier. C'est le système émis en 1545 par Dumoulin et consacré par le Parlement de Paris le 10 mai 1557, à

Analysé de la rente constituée comme un prêt garantie par une hypothèque.

propos d'articles de la Coutume de Paris réservés lors de leur rédaction et sur lesquels le Parlement fit accepter une opinion différente de celle des commissaires art. 83 Ancienne Coutume.

On en revenait donc à faire de la rente ainsi dégagée de l'immeuble un engagement personnel peu différent de l'obligation du prêt, garantie par une hypothèque. Cette doctrine qui personnalisait ainsi la rente constituée avait été depuis longtemps établie par le Romaniste Johanes Faber. Inst. de Act. § I ter. Il avait déjà au XIV^e siècle soutenu que, dans la rente constituée, l'assignat d'une terre n'entraînait pas aliénation d'un droit réel d'une nature particulière; mais que cet assignat n'avait pas d'autre résultat que de créer sur la terre une hypothèque à la romaine.

C'était déjà revenir à la conception romaine, à laquelle sous un langage différent se rallie Dumoulin quand il supprime toute assiette réelle à la rente.

A partir de ce moment les rentes constituées sur soi-même se multiplièrent. On les appelle des rentes volantes. Elles ont cependant été encore contestées au XVI^e siècle, mais elles furent acceptées à partir du XVII^e siècle. On déduisait de leur validité les conséquences naturelles résultant de ce fait que le droit devient désormais un droit personnel. La rente désormais ne s'éteint plus par la perte de l'immeuble, puisque celui-ci n'est qu'accessoire et que le principal, l'individu, sur qui la rente repose, continue d'exister. C'est là une sorte de revers de fortune pour le débi-rentier mais c'était une conclusion logique. Il en est d'autres que l'on peut lire dans Pothier p. 219.

L'Emphytose.

Cette tenure a été au Midi ce qu'ont été la censive et le bail à rente au Nord. Elle se rapproche du reste de ces deux tenures sur bien des points et diffère essentiellement de la censive en ce qu'elle ne comporte aucune directe féodale.

Le terme emphytéose nous vient de la législation romaine. Celle-ci connaissait d'abord pour les terres des cités, corporations religieuses, ou de l'Etat un type de baux perpétuels à long terme de 100 ans et plus, la conductio agri vectigalis contractée, comme le louage, par simple convention, impliquant paiement au bailleur d'une redevance annuelle; mais à raison de sa longue durée on y avait reconnu au preneur un pouvoir plus étendu sur la cho-

Les rentes volantes; caractère personnel du droit.

Ses origines.

La conductio
agri vectigalis
tenure employée
en droit romain
pour les terres

des cités.

le jus emphyteuticum et sa réglementation par Zénon.

se et une condition supérieure à celle du simple fermier. Ainsi le conductor agri vectigalis acquérait les fruits par séparation comme le propriétaire, non par perception; il avait les interdits possessoires et le préteur lui avait accordé une vindicatio utilis, d'où la doctrine avait conclu à l'existence à son profit d'un droit réel, droit réel transmissible à cause de mort ou entre vifs et susceptible d'hypothèque et de servitude. Cette tenure est assez ancienne en droit romain, inconnue en droit privé et s'appliquant surtout aux terres publiques.

Plus tard, pour l'exploitation des domaines impériaux, apparaissent des types très voisins de cette concession, surtout en vue des défrichements des terres incultes, notamment, le jus emphyteuticum qui comportait à la charge du preneur une légère redevance annuelle variable et croissante à mesure qu'on s'éloignait de l'époque où le défrichement avait été accompli. Le contrat qui établissait l'emphytose était d'origine grecque et n'exigeait lui aussi pour sa perfection que le simple consentement. Il avait été d'abord exclusivement appliqué à des domaines impériaux et en fait à des concessions très étendues. Comme on avait fait à cet emphytéote une situation sensiblement différente de celle du preneur à bail, quant à ses pouvoirs et à la durée de sa tenure, Zénon dans une constitution célèbre se mit à discuter la nature C.J. IV 66 d.j. Emphy. I et conclut en faisant de ce droit quelque chose à mi-chemin entre vente et louage, vente parce qu'il était de durée perpétuelle, et par conséquent équivalait à une aliénation et louage parce qu'il comportait, au lieu d'un prix payé en une seule fois une série de redevances périodiques et perpétuelles. Toute cette analyse tendait à aboutir à une conclusion de fait intéressante relativement à la situation de l'emphytéote. Zénon déclarait que, comme dans la vente, les risques seraient à la charge du preneur, assimilé à l'acheteur s'il ne s'agissait qu'd'une perte partielle de l'objet du contrat: en cas d'absence de récolte, l'emphytéote n'aurait droit à aucune diminution du canon. Par contre, si la chose périsseait complètement, on appliquerait la règle du louage et l'emphytéote serait affranchi à jamais du paiement de son canon. Cette tenure était déjà connue et pratiquée à l'époque du C. Th. mais à ce moment elle n'est encore appliquée que sur les domaines impériaux. Plus tard elle s'est peu à peu propagée et, à l'époque de Justinien, elle est usitée même chez les particuliers. Justinien se trouvait alors en présence d'un certain nombre de tenures di-

verses apports successifs des siècles, mais dont la destination économique était sensiblement la même. Dans un but de simplification il fusionna toutes ces institutions sous le nom commun d'emphytéose et on traita désormais sous ce nom tout aussi bien le jus in agri vectigali, le droit du perpetuarius que l'emphytéote elle-même. Cette confusion de tenures voisines mais distinctes les unes par rapport aux autres n'est d'ailleurs pas tellement parfaite, dans l'œuvre de Justinien, qu'elle empêche de dégager les éléments qui ont servi à l'opérer.

Les droits du bailleur: il reste propriétaire.

Il n'est pas douteux que le droit du preneur emphytéotique est un droit de jouissance et non pas un droit de propriété; le bailleur reste propriétaire. Dans les textes de Justinien c'est lui qui est qualifié de dominus, titre refusé au preneur (C.J. I. 3^e cc. 2 et suiv.) Le droit de jouissance du preneur est fort étendu et il y a lieu de lui appliquer les caractéristiques de celui du preneur de l'ager vectigalis: il acquiert les fruits par la séparation, il a les interdits et même on lui accorde l'action en revendication utile. Les textes ne nous éclairent pas complètement sur l'étendue précise de ce droit. Ils ne disent pas si le preneur peut modifier la culture et ils sont contradictoires sur d'autres points, notamment sur le point de savoir si le preneur à emphytéose a le droit d'affranchir les esclaves (C.J. XI. 6I. 12. le lui accorde tandis que C.J. XI. 62 la loi 2 le lui refuse). Il est probable que les réponses des empereurs s'appliquaient à deux espèces d'hypothèses. Enfin ce droit est généralement perpétuel, en tous cas de longue durée et transmissible. On a même règlementé dans ces textes tout le détail de la transmission: elle est soumise à certaines restrictions. Il n'est pas nécessaire que le droit de transmettre soit octroyé spécialement en vertu de clauses spéciales, comme il était d'usage antérieurement mais à défaut de clauses particulières et expresses il faut acheter au bailleur à emphytéote son consentement (C. IV. 66. 3). Lorsque l'emphytéote veut aliéner il peut en principe se substituer un acquéreur pourvu que celui-ci soit solvable et qu'il fasse notification au propriétaire de son projet d'aliéner avec indication du prix qui lui a été promis. On accorde à ce propriétaire averti deux mois pour choisir, ou bien de reprendre le fonds pour lui en payant le prix de cession, offert par l'acheteur jure praelationis ou praeemptionis; ou s'il ne veut pas reprendre le fond d'accepter le nouvel emphytéote comme preneur en li-

bérant le précédent de son obligation au canon. Pour le prix de son consentement le bailleur n'a pas droit à plus de 1/50 du prix (2 %) et ce profit porte le nom de laudemium qui désignera plus tard le droit correspondant que nous avons rencontré en matière de censive. Celle-ci a été en effet, pour son organisation technique, calquée sur l'emphytose. La sanctio de ces règles c'est la déchéance de l'emphytote au cas où il ne paierait pas son canon ou n'exécuterait pas son obligation de cultiver la terre.

Obligations du preneur.

Les obligations du preneur consistent d'abord à acquitter régulièrement sa redevance annuelle; pour en obtenir ce paiement, le bailleur est investi d'une action qui, à Rome, est personnelle, parce que née du contrat d'emphytose. En outre, si le preneur ne paie rien pendant trois ans de suite, le bailleur à emphytose peut obtenir sa déchéance. L'action qui appartient ainsi au bailleur étant une action personnelle, le preneur à emphytose n'a pas comme dans le bail à cens la faculté de déguerpir (conséquence du caractère réel de l'obligation qui incombe au censitaire).

La 2ème obligation du preneur est d'exploiter et entretenir la chose. A l'ordinaire même il doit la défricher et l'améliorer. Le mot même d'emphytose, du grec έμφυτεύσις, veut dire défricher. Si le preneur a ainsi défriché, il n'a plus le droit de détruire les améliorations qui sont devenue la chose du dominus.

Ce contrat enfin s'éteint par l'arrivée même du terme ou par la perte totale de la chose.

Voilà dans ses lignes essentielles cette tenure de l'emphytose qui ressemble beaucoup à notre bail à rente ou à cens. Cette emphytose est née originairement dans la partie orientale de l'Empire, mais ... assez vite étendue à l'Empire entier pour les domaines impériaux auxquels elle s'appliquait. Dès Dioclétien, pour se soustraire aux difficultés qu'ils rencontraient dans la culture de leurs patrimoines, les empereurs affermèrent en bloc à de grands exploitants toutes les terres incultes de leur domaine, sous la condition du défrichement. Ils constituèrent ainsi de grandes emphytoses. À ce moment cette tenure se rapproche de celle de l'agrestigalis avec lequel on la confond à partir du IV^e siècle. Cette confusion s'explique aisément si on réfléchit que c'est au cours du IV^e siècle que les biens des temples, et ceux des cités furent confisqués par l'empereur dont les finances étaient en détresse. Ces biens rentrèrent dans l'administration

Généralisation de la pratique de l'emphytose au Bas Empire.

impériale, les privata, où se pratiquait déjà antérieurement l'emphytéose. Par l'influence de ce voisinage les deux tenures se rapprochèrent l'une de l'autre et finirent par se confondre et ce sont ces deux institutions appliquées à de très vastes étendues de terre, en vue d'une culture quasiment industrielle, que Justinien réglementa simultanément.

Un autre élément assez différent doit être signalé qui intervint pour jouer un rôle également considérable. Dès les premiers siècles de notre ère existait un peu partout, dans tout l'Empire, une pratique poursuivant un but assez analogue et usitée même dans bien des propriétés privées. C'était un usage qui persista même après le déclatement de tenures dont je viens de parler. A côté de l'emphytéose et de la condicione de l'ager ve tigalis; dans les inscriptions du temps de Trajan du II^e Siècle d'Henchir Mettich et d'Ain-Oussel. Il ne s'agit plus ici de donner à bail à de grands entrepreneurs le défrichement et l'exploitation de grands domaines. Il s'agit de propriétaires dont la villa est entourée de vastes étendues incultes et de terrains vagues ou de pâturages qui ne rapportent rien. Les propriétaires autorisaient les petites gens et les colons qu'ils employaient sur leurs terres à occuper, à leur gré, telle parcelle inculte qui leur convenait à la périphérie du domaine et à les défricher. Souvent même, en exécution d'un usage tacite, on leur abandonnait en récompense les fruits de cette terre pendant quelques années, sans rien demander en échange. Puis, la terre défrichée, on leur imposait une modique redevance. Les bénéficiaires de cette tenure sont de condition subordonnée, souvent des colons. Chacune de ces terres est de petite étendue et tout cela, soit la nature des bénéficiaires, soit la petite étendue de l'exploitation, donne à la tenure une physionomie modeste, bien différente de celle de l'emphytéose. Les emphytéotes font figure de grands fermiers généraux, traitent avec l'administration impériale de pair à égal et morcellent leur concession entre de petits exploitants. Mais le but poursuivi par les uns et par les autres est le même, de sorte que tout naturellement, sans qu'on y ait touché, les règles applicables aux uns et aux autres de ces modes d'exploitation se trouvèrent à peu près semblables. Les règles de l'emphytéose étaient plus rigoureusement conventionnelles, tandis que celles de la tenure des colons telle qu'en la pratique depuis Trajan étaient plus abandonnées à l'usage du grand domaine.

Exploitation de terres incultes par les colons en Occident.

Les textes postérieurs aux invasions ne parlent pas d'emphytose bien qu'envisageant des usages analogues.

Voilà, dans sa complexité, comment s'est organisée l'exploitation des terres à la fin de l'Empire romain. Qu'en advint-il après les Invasions du V^e siècle ? L'emphytose de Justinien était alors encore peu pratiquée en Occident, tandis que ces usages de concessions en vue du défrichement à des colons ou affranchis se pratiquaient un peu partout se rapprochant tout autant de la precaria, origine de beaucoup de nos tenures du Moyen-Age. Aussi les textes de l'époque barbare ne parlent-ils pas d'emphytose. Le mot ne se trouve ni au Bréviaire d'Alaric ni dans la Loi des Visigoths, ni dans les Formules barbares. Le Bréviaire ne contient que deux titres qui n'ont trait que de loin à l'exploitation des domaines impériaux par des concessions à longue durée. Ces textes visent les usurpations, sans doute fréquentes, commises dans les domaines impériaux par les curiales. (C. Th. X. II interdisent aux curiales de prendre en location en leur propre nom les praedia publica ou saltus et Nov. de Théod. II IV.) ne reconnaissant en ce cas qu'au fisc, et non pas aux curiales le droit d'agir en revendication contre le conducteur, à raison de la méfiance qu'on a contre les curiales. Si nous sommes en présence d'hypothèses voisines de celles de l'emphytose, on ne peut dire cependant que ce soit précisément de l'emphytose que le C. Th s'occupe. De même la Loi des Visigoths prévoit des concessions de terre moyennant canon, avec faculté de reprise par le concédant, faute de paiement du canon, L.W. X.I.2. Des empiétements ont été faits par le concessionnaire d'une terre sur les terres voisines, notamment sur celle du dominus, dont il s'est mis, pour agrandir sa propre concession, à défricher une partie. La Loi des Visigoths, sans l'en empêcher stipule la restitution au dominus de la partie défrichée ou l'augmentation de la redevance du défrichant (X.I.13, 14, 15). Voilà tout ce que contiennent les documents de cette époque. Tout cela laisse bien soupçonner la persistance de pratiques analogues à celles qui existaient antérieurement à l'époque du Haut-Empire, mais sans que l'emphytose soit expressément mentionnée.

La même conclusion peut être tirée du silence des textes du Midi et ce silence paraît s'être étendu presque jusqu'à la renaissance romaine. Toutefois je me suis borné à parcourir les cartulaires de Gellone et d'Aniane.

Le premier ne contient pas le mot emphytose et celui d'Aniane ne le contient qu'une fois à propos de la concession d'un moulin et encore le texte date-t-il de II23 (N° 131).

Applications
des règles de
Justinien.

La renaissance
théorique de
l'emphytéose au
XII^e et XIII^e
siècle.

Comparaison de
l'emphytéose et

Tout cela n'empêche pas qu'à défaut de la grande emphytéose orientale il n'y ait eu à cette époque en Occident des usages de concessions de terres à défricher conçues sous forme de précaire ou de promesses de cens, si bien qu'à la Renaissance romaine toutes ces concessions qui avaient persisté apparaissent aux Jurisconsultes comme étant des emphytéoses. On leur appliqua la législation de Justinien avec plus ou moins de bonheur.

Il faut même ajouter une dernière remarque : dans l'Empire romain finissant, en effet, l'emphytéose s'est appliquée aux terres des empereurs, des cités et des Eglises. Il est possible que dans les terres des Eglises le procédé exact de l'emphytéose orientale ait continué à être pratiqué après les Invasions, comme il l'était auparavant, quand ces biens étaient administrés par les fonctionnaires impériaux. Peut-être est-ce par le canal du patrimoine religieux, que cette emphytéose a pu persister. Toujours est-il que ce furent les canonistes qui le plus tôt s'attachèrent dès avant le XII^e siècles à cette renaissance théorique de l'emphytéose. Après la renaissance du droit romain, on trouve vite une longue réglementation de l'emphytéose, notamment au XIII^e siècle dans le Speculum juris de Guillaume Durand qui contient tout un chapitre sur la matière (L. IV d. Emphyt. Ed. de 1539 in 8° T. III f° 192-215). L'emphytéose romaine fut très conscientement étudiée alors et on alla y prendre presque toute la dogmatique dont on avait besoin en matière foncière; c'est ainsi par exemple que toute la structure du fief a été tirée de l'emphytéose. Pour toute cette filiation c'est surtout chez les auteurs Italiens qu'on trouverait des renseignements et pour nos temps récents ce sont eux qui ont le plus exploré la matière (Cf. Etudes de Simoncelli - Silvio Pisano: 3 Contratti agrari in Italia nell'alto medio aevo Turin 1904). C'est dans le Midi que chez nous, par suite de la Renaissance romaine, se développa l'emphytéose et c'est dans le Midi qu'elle joue le rôle que jouait au Nord la censive. Les deux institutions, censive et emphytéose, sont si voisines par leur constitution que c'est la technique de l'emphytéose qui a servi à édifier celle de la censive.

Il y a pourtant entre elles cette différence que l'emphytéose n'a guère été pratiquée qu'au Midi, tandis que la censive l'a été plutôt au Nord.

De cette similitude il faut tirer cette conclusion, que vérifie l'examen des faits, que si la censive a emprunté sa structure à l'emphytéose,

des autres tenu-
108.

elle l'a pourtant adaptée aux tendances féodales et seigneuriales dominantes au Nord. A l'inverse, si l'emphytose a suivi dans le Midi les données de la législation romaine, ces données pourtant n'ont pas manqué d'être infléchies par les mêmes tendances sociales qui avaient cours au Nord de la France. Quand on arrive au XVI^e siècle et que l'évolution est achevée, l'emphytose, telle qu'elle est appliquée, est déformée par rapport à l'emphytose romaine: le terme emphytose, dit Dumoulin, est essentiellement équivoque; il désigne parfois le fief ou la censive et enfin la tenure emphytéotique.

Pour le bien pénétrer, nous recherch quelles sont les différences qui séparent cette emphytose, telle qu'elle est pratiquée en pays de droit écrit, de l'emphytose romaine, de la censive et du bail à rente foncière.

Différences entre l'emphytose de droit écrit et l'emphytose romaine.

La première différence c'est que le droit accordé au preneur à emphytose en pays de droit écrit est non pas, comme en droit romain, un droit de jouissance, mais un véritable droit de propriété ou de domaine utile. Cela n'est pas pour surprendre, puisque à cette époque toute l'évolution des droits réels tend à les transformer en véritables droits de domaine. On estime donc droit de domaine tout droit étendu et perpétuel.

Les conséquences de cette constatation sont beaucoup plus théoriques que pratiques. L'emphytose est qualifiée domaine utile parce que le pouvoir du preneur est à peu près sans limite, que l'emphytose peut tout sur la chose, même changer la culture, pourvu qu'il ne détruise pas la chose ou ne la détériore pas. La perte totale de la chose met fin à l'emphytose mais non la perte partielle.

Une deuxième différence, c'est que les obligations du preneur, à l'instar de celles du censitaire ou du preneur à rente, deviennent des obligations réelles fondées sur la possession de la chose et par conséquent s'éteignent par le déguerpissement, alors que dans la législation romaine le déguerpissement ne libérait pas par lui seul l'emphytose.

3^eme différence : le preneur à emphytose peut céder son droit, en droit écrit, comme il le peut en droit romain. La cession est soumise à la dénonciation faite au bailleur de la vente et du prix que le vendeur en offre; comme en droit romain le bailleur peut accepter et réclamer son laudemium ou bien exercer le jus praelationis dans les trente ans

L'emphytote du
droit écrit a
un droit de do-
maine.

Possibilité du
déguerpissement.

Différence
quant au taux
du laudemium.

de la vente ou dans l'année de la dénonciation de la vente. Mais le taux du laudemium est devenu celui de la censive; alors qu'en droit romain le bailleur à emphytéose n'avait droit qu'à 2% ou 1/50e, en droit écrit le laudemium est du denier 12 (8%).

L'emphytéose romaine a donc été, en quelque sorte, accommodée à la société de cette époque. Elle s'est dès lors rapprochée du bail à rente foncière et du bail à censive.

Comparaison avec la censive.

Nous ne reprendrons pas les points de contact entre les deux tenures que l'emphytéose diffère de la censive très nettement en ce qu'elle ne suppose rien de seigneurial. Cela signifie qu'un bailleur à emphytéose investi d'un droit de seigneurie, quel que soit ce droit ne peut pas concéder une emphytéose, même s'il déclarait ne se réservant vis-à-vis du preneur aucun droit de nature seigneuriale. Par cela seul que son droit est un droit de seigneurie, il répugne à l'emphytéose. Pour pouvoir concéder une emphytéose il faut être propriétaire d'un alleu, noble ou roturier, peu importe. Il faut que ce soit un alleu. Aussi l'emphytéose s'est-elle répandue surtout au Midi où on applique la règle nul seigneur sans titre. On presume que la terre est un alleu. Comment peut-on expliquer la rigueur de cette règle et pourquoi n'a-t-on pas admis qu'un seigneur pourrait constituer une emphytéose, à condition de déclarer qu'il ne se réserve aucun droit seigneurial sur la terre concédée? Je ne sais.

En tous cas on en conclut aussi, comme l'emphytéose ne supporte aucune directe seigneuriale qu'en cas de non paiement du canon pendant trois ans, le preneur peut bien être condamné à perdre sa tenure, mais la commise doit être prononcée par la justice publique. On ne peut recourir aux procédés féodaux que nous avons vus dans la censive. La commise n'a pas lieu de plein droit. Serres Institutions au droit français III, 25. p. 405 et sq. La déchéance de la censive sera si peu d'ordre seigneurial que le juge pourra accorder au preneur un délai de grâce : la résolution de la censive n'aura donc pas un caractère absolu. C'est là la plus grande différence entre censive et emphytéose.

L'emphytéose se rapprochait aussi du bail à rente. Celui-ci, comme l'emphytéose est perpétuel en principe, sauf dans certains cas à pouvoir être simplement de longue durée. Mais le bailleur à rente a aliéné dans son contrat de rente le domaine tout entier, il n'a conservé qu'un droit réel, tan-

L'emphytéose
n'a aucun ca-
ractère sei-
gneurial

L'emphytéose et
le bail à rente.

dis que le bailleur à emphytéose conserve pour lui le domaine direct et par suite les profits de mutation tels qu'ils sont accordés au seigneur censier. Quand le preneur à emphytéose voudra aliéner son emphytéose, il devra payer le profit de 8 %. Au contraire, il n'en est rien dans le bail à rente. C'est là une des raisons qui, dans tout le pays coutumier, ont poussé à ramener tout au bail à rente foncière, plutôt qu'à la censive ou à l'emphytéose. C'est le bail à rente foncière qui a gagné du terrain par rapport aux deux autres tenures; l'emphytéose s'est mal acclimatée dans le Nord et si on se reporte à Pothier on constate qu'il n'en parle nulle part. Enfin l'emphytéose fut assimilée au bail à rente foncière, à cause de l'absence de caractère seigneurial qui leur était commune et c'est cette absence jointe au domaine direct du bailleur à emphytéose qui la fit classer à la Révolution parmi les droits rachetables par le bailleur.

Le bail à rente a de son côté envahi le Midi en Provence, Gascogne, Languedoc. Il y fit plus de progrès que l'emphytéose au Nord.

Voilà les principales tenures d'exploitation connues dans notre ancien droit. Il en est bien d'autres issues de celles-là, variables suivant les provinces. Il n'est pas inutile d'en indiquer quelques-unes en signalant leurs traits caractéristiques : la locatairie perpétuelle au Midi, le bail à comptant dans les régions qui bordent la Loire et en Bretagne le domaine congéable.

La locatairie perpétuelle partage la faveur publique au Midi avec l'emphytéose. Il est assez difficile de s'en rendre compte parce que sa systématisation est un peu incertaine et elle diffère selon les provinces méridionales où elle est pratiquée.

Dans la région de Toulouse, ce contrat, qui n'est étymologiquement que le louage romain, ne transmet pas la propriété qui reste au bailleur (Serrès Inst. III. ch. 25 p. 407). C'est une question débattue de savoir si ce contrat est soumis aux lods et vente au moment de sa formation comme l'aliénation. Généralement, en se fondant sur cette idée qu'il n'entraîne aucun transfert, on adopte la négative, "le bail ne transporte point la propriété" dit Despeisses (T. III. S. V. Partie 7 N° 25 p. 74). Toutefois le preneur peut aliéner son droit et on admet que le seigneur pourra réclamer les profits aussi bien à raison de la vente par le preneur de son droit qu'à raison de la vente par le propriétaire des redevances auxquelles il a droit. C'est l'aliénation

La locatairie
perpétuelle des
pays du Midi.

Elle ne trans-
fère pas le do-
maine au pre-
neur.

par chacun des deux qui donne lieu au profit ; d'Office II, c. 15. On admet aussi qu'il y aura profit quand le preneur fera rachat de la rente promise. Puisque par sa concession il n'est pas devenu titulaire d'un droit réel, quand il éteint la rente il acquiert un droit et en doit le profit. On autorise même le seigneur quand le contrat a stipulé un rachat possible, en en fixant même le prix, à exiger le profit sur ce prix sans attendre même que le preneur rachète. C'est une façon détournée de faire payer au moment de la locatairie un profit qui ne serait pas dû sans cela.

Enfin, la locatairie ne transportant pas la propriété au preneur, les héritiers du lignage n'ont pas le retrait contre le preneur de locatairie, car le retrait ne fonctionne que sur la vente d'un droit réel. (Cf. Despeisses T. III, p. 91 arrêt du Parlement de Toulouse 31 juillet 1604 refuse en ce sens l'application du retrait).

La locatairie ne transférant pas le domaine au preneur est possible même à celui qui n'a qu'un domaine utile, par exemple au vassal, alors que l'emphytéose ne lui serait pas permise. Arrêts de Catelan Ch. III n° 41.

Tels sont les traits de cette locatairie perpétuelle dans la région toulousaine. On l'interprète sensiblement de même dans la région de Provence (Julien Statuts § 8, p. 268, du T. I) : comme à Toulouse la locatairie perpétuelle ou temporaire ne change point le domaine. Toutefois ici contrairement aux principes et à la pratique toulousaine, on admet l'application du retrait féodal. Tout cela a été déterminé par les textes rois sur le louage d'un côté et sous la pression des intérêts féodaux de l'autre.

On peut en rapprocher la métairie perpétuelle du Limousin qui diffère de la locatairie perpétuelle en ce que le bailleur reçoit une part en nature (Cf. Petit, N.R.H., 1919 pp. 365 et sq. signale l'existence de cette métairie perpétuelle et réunit un certain nombre de contrats qui tous montrent que cette pratique s'est surtout développée au XV^e siècle alors que les dévastations de la Guerre de Cent Ans ont obligé dans toutes ces régions à une réorganisation de la propriété foncière.)

Le bail à complant est usité chez nous surtout pour la culture de la vigne et il remonte à ce point de vue à des pratiques anciennes, peut-être même à ces usages coloniaires que nous signalons plus haut (Grand, professeur à l'Ecole des Chartes

La métairie
perpétuelle du
Limousin.

Le bail à com-
plant.

N.R.H. 1916). Le premier exemple connu de ce bail se trouve dans le Cartulaire de Saint Victor de Marseille texte de 817 ch. N° 153 p.190. René Beucher. Le bail à compliant Thèse Paris 1899 p.269 - Cf. Grand op. cit. Il est probable que c'est au moment de la renaissance carolingienne que de vieux usages qui avaient commencé à s'effacer ont repris vigueur. Ce contrat est fait souvent avec des Hospitaires (cultivateurs qui ne trouvant plus sur place de quoi s'occuper vont chercher du travail dans les régions voisines où ils obtiennent une condition un peu différente de celle des autres travailleurs). Le bail à compliant suppose une terre inculte confiée à un exploitant pour y planter de la vigne. Par son but, il se rapproche de l'emphytose, mais avec un projet plus spécialisé. On accorde à l'exploitant un délai de cinq ou six ans pour mettre sa terre en état, pendant lesquels il ne paie pas de redevances. Le complanteur occupe la terre, l'éfriche, fournit le plant. La plantation achevée, on partage la terre en deux : le propriétaire choisit la moitié qu'il préfère. Celle-là, toute plantée et mise en état, il la garde sans indemnité et l'exploite comme il veut.

Au point de vue de la technique foncière, il n'y a pas à nous occuper de cette moitié qui reste au concédant mais l'autre moitié va être attribuée au complanteur qui en conserve la possession, parfois sans aucune charge ni redevance pendant quelques années, mais le plus souvent moyennant promesse au bailleur d'une partie de la récolte.

Ce complanteur va avoir sur la part qu'il a gardée un droit de vente, comme tous les exploitants à cette époque, mais qu'il ne peut exercer que sous la condition de consulter celui dont il a complanté la terre, et de la lui offrir au même prix.

Le propriétaire pourra reprendre la moitié du complanteur moyennant remboursement du prix déboursé pour la mettre en exploitation. La durée de ce contrat est généralement perpétuelle. Le complanteur a aussi une faculté de déguerpissement s'il estime la rente trop élevée; il peut se libérer de son obligation par renonciation à la terre complantée entre les mains du propriétaire. Mais cela ne vaut que si le complanteur restitue la terre en bon état de culture. Le propriétaire enfin n'a sur son complanteur aucun droit de supériorité seigneuriale et en cela il se rapproche du bailleur à emphytose. Les contestations intervenues entre parties doivent donc être portées devant la justice publique ordinaire. Ce contrat étant perpétuel ne s'é-

Il est destiné
à mettre la
terre en état
de culture.

Situation du
propriétaire.

teint que par disparition de la plantation ou si le complanteur ne l'a pas renouvelée. S'il a laissé mourir la vigne et se refuse à complanter à nouveau, le propriétaire pourra reprendre la terre. Une sentence du Présidial de Nantes (1620) restitue la terre au propriétaire, faute par le preneur d'avoir reconstruit le vignoble.

L'analyse juridique de ce contrat est délicate. Le propriétaire conserve le domaine direct puisqu'il perçoit le profit, a droit au retrait et peut reprendre éventuellement sa terre à supposer que le complanteur ne continue plus à la cultiver.

Situation du complanteur.

Quant au complanteur a-t-il un domaine utile ou un simple droit de jouissance ? La question ne semble pas avoir été nettement tranchée. La jouissance est autonome, bien que soumise à un certain contrôle. Au moment de la récolte, il lui faut l'autorisation du propriétaire pour commencer la vendange. Cette jouissance est en outre soumise au respect du ban de vendange. Puis à côté du domaine direct du propriétaire et de cette jouissance du complanteur, on reconnaît comme un troisième élément la propriété du complanteur sur les ceps de vigne et les améliorations qui rapprochent son domaine de celui du superficiaire. Il reste à qualifier le droit du preneur sur le fonds. Cela est d'autant plus difficile que ce droit a subi de très fortes variations suivant les époques et les régions. Anciennement, vers le XI^e siècle la concession est faite au complanteur "ad proprium alodem", avec faculté d'en faire "quid quid volucrit" sous la seule réserve de la part de fruits promise, c'est-à-dire qu'on reconnaît au complanteur un dominium (cart. Saint Victor de Mars. n° 174. p.204. ann. 1001 - Id. p.425 ann. 1165 et cart. Saint Jean d'Angély (969)-Grand. p.201 note I). Puis d'un côté les avantages faits au dominus diminuent: le retour préliminaire à lui de la moitié choisie par lui, dans le terrain planté, tombé en désuétude au XII^e siècle. Mais de l'autre, le droit reconnu au complanteur s'amoindrit si bien qu'à la Révolution on se refuse à y voir un droit de domaine et à autoriser le rachat par le complanteur de la redevance due au dominus. En Poitou et en Anjou le bail à compliant n'est pas translatif de propriété (cass. arrêt du II février 1896. René Beucher Thèse Paris 1899. p.66. note I). Et un avis du Conseil d'Etat du 2 thermidor An VIII (Beucher p.219) conclut dans le même sens, relativement à l'application des lois du 18-29 décembre 1790 et du 17 juillet

1793, écartée après examen de 15 baux à complant conclus de 1638 à l'an VI dans le département de la Loire-Inférieure.

Voilà l'ensemble de cette tenure. Le détail des clauses d'application varie suivant les régions. Au début ce contrat a eu une aire très étendue d'application : Provence, Languedoc, Saintonge, Limousin, Poitou, Auvergne, Anjou, Bretagne, Normandie. Au XIII^e siècle, c'est sa belle période. Avec les dévastations des XIV^e et XV^e siècles, son application se réduit de plus en plus et aux XVII^e et XVIII^e siècles il ne se rencontre plus guère que dans la partie méridionale de la Basse Bretagne, dans la région nantaise. Il n'en est même pas question dans la Coutume de Bretagne. On a pour cette tenure tendance à la rapprocher du bail à rente, mais le rapprochement est plus difficile que pour les autres, parce que le droit du propriétaire s'est maintenu plus vivace que le droit du bailleur à rente (Cf. Grand. op. cit.)

Le bail à domaine congéable. La dernière tenure à signaler est le bail à domaine congéable. Il a pour caractère essentiel d'être beaucoup plus dur pour le preneur. On soupçonne qu'il est issu d'anciennes tenures serviles, ce qui expliquerait cette dureté. Il a été pratiqué en Bretagne, dans une région différente du précédent, dans la Bretagne bretonnante : Côtes du Nord, Finistère, Morbihan et il a été gouverné par des usages locaux dont la Coutume de Bretagne reconnaît la force légale (usage de Tréguler, de Rchan de Cornouailles, de Porhort...) Au XVI^e siècle, le roi Henri II tenta de le faire disparaître dans le domaine royal et même ailleurs. La tentative n'eut aucun effet sur les domaines privés et la tenure subsiste encore aujourd'hui dans ces régions.

Il est caractérisé par le droit pour le propriétaire d'expulser le

Le bail à convenant est un bail à longue durée (neuf ans aujourd'hui). C'est un droit de jouissance accordé au cultivateur qui doit améliorer, souvent construire sur le domaine. Le preneur qui a construit ou amélioré, conserve la propriété des édifices, des superficies et amélioration. Son droit se rapproche ainsi du droit de superficie. Le concédant conserve la pleine propriété sans aucune directe ni profit puisqu'il n'a pas concédé de droit réel à son preneur. Celui-ci peut aliéner librement; il paie en général une rente peu élevée et il peut lui aussi déguerpir. Le caractère essentiel du bail à domaine congéable et ce qui fait sa dureté, c'est que le propriétaire peut, à toute époque, faire corrétement, c'est-à-dire congédier, c'est-à-dire expulser son preneur; même si ce bail a eu

preneur.

un caractère temporaire le bailleur n'est pas tenu d'attendre l'arrivée du terme. Mais il ne peut user de ce droit qu'en remboursant au preneur le capital de ce qui a été construit ou amélioré par celui-ci. Ce droit de congédement est perpétuel et imprescriptible. Il semble que cette faculté fut régulièrement exercée jusqu'aux XVII^e et XVIII^e siècles, mais à partir de cette date on en usa tellement que les contrats de cette époque contiennent souvent une clause pour en suspendre l'exercice, pendant un certain temps, moyennant une redevance supplémentaire (sur ce bail à congédement cf. Révin Consultation et Observations sur la Coutume de Bretagne Cons. 104 et Julien Furie. L'usage du domaine congéable. Bibliographie des Brissaud et Beaune p. 70... I De la consolidation par congéement ou esponse dans le bail à convenant. Ed. de Soussay. Thèse Paris 1898 et Etude sur les domaines congéables. Jean Lalau. Kerilly. Thèse Paris 1909).

Resterait à dire quelques mots du bail héréditaire et de la colonie d'Alsace, tenures qui se rattachent au colonat et aux cours colongères spéciales à ces régions et utilisées dès le X^e siècle.

On voit combien ont été nombreux les droits réels en usage pour l'exploitation de la terre et combien ils ont été voisins les uns des autres, attribuant tous un droit réel à l'exploitant.

Tous ces droits ont été, somme toute, édifiés soit sur l'ancien dominium romain, soit sur l'usufruit. Dans cet ordre d'idées et notamment en ce qui touche l'usufruit, il existe encore aujourd'hui d'autres droits réels qui ne sont pas issus du désir de consolider le droit de l'exploitant sur la terre qu'il exploite mais qui sont sortis du besoin d'accorder sur la terre certains pouvoirs exceptionnels d'administration à quelques personnes non propriétaires ou d'accroître le pouvoir de certains usagers qui ne sont plus des exploitants.

Voici quelques-uns de ces droits : le droit du gardien sur le bien qu'il a reçu en gage, le droit de mainbournie du père sur les biens de son enfant, du tuteur sur le biens de son pupille, le droit de douaire de la veuve. Tous ces droits prennent dans notre ancienne France un caractère réel et accroissent la multiplicité des droits réels.

Ajoutez-y enfin et dans le même ordre d'idées le droit reconnu au bénéficiaire ecclésiastique. Depuis le IX^e siècle l'usage s'est introduit dans l'Eglise de rétribuer les fonctionnaires d'Eglise par la jouissance individuelle de certains immeu-

Droits réels portant sur l'usage de la chose.

bles qui appartiennent à l'établissement ecclésias-tique, biens du monastère, dont on attribue la jouissance à chacun des dignitaires de ce monastère, biens de la paroisse dont la jouissance est attribuée au desservant etc. Pour en jouir et pour en assurer la prospérité il faut au bénéficiaire des pouvoirs d'administration assez étendus. Mais d'autre part une réglementation rigoureuse s'impose pour empêcher que les biens ainsi confiés à ce fonctionnaire d'Eglise pendant de longues années, il n'ait la tentation de se les approprier, de les transmettre à ses héritiers personnels. En tous cas il est indispensable de lui refuser le droit d'aliéner et de transmettre, tout en lui reconnaissant une faculté d'administration et de jouissance très large. Ainsi il en peut parfois modifier la substance. C'est une dernière catégorie de droits réels destinés aussi à assurer à l'ayant-droit l'usage de la chose. Leur étude se place plutôt auprès de celle des diverses conditions que ces droits entretiennent.

Ce n'est pas tout encore. En droit romain non seulement existent l'usufruit et les servitudes personnelles, mais aussi les servitudes réelles prédiales, urbaines ou rurales. Ces servitudes prédiales, qui portent sur un fonds ont persisté dans notre ancien droit et se sont développées considérablement.

Nous avons énuméré les principaux droits réels construits soit sur le dominium (direct ou utile), soit sur la jouissance (temporaire ou perpétuelle). Les Romains avaient, en matière de droits réels, dégagé une autre catégorie, les jura praediorum, restrictions au libre usage d'un fonds au profit d'un autre, sous la condition que le rendement ou l'agrément de ce fonds s'en trouve accru. On distingue les jura praediorum rusticorum et les jura praediorum urbanorum, suivant que les fonds intéressés étaient ruraux ou urbains. Ces droits étaient à Rome très usuels : iter, actus, via, aquae ductus, ius stillicidii jus non altius tollendi. Ces sortes de droits étaient trop usuels et trop répandus pour avoir pu disparaître au moment des invasions. Mais à une époque où l'exploitation n'était pas intensive, il n'est pas étonnant que ces droits aient laissé peu de traces dans les textes. Les ouvrages de l'époque n'en parlent pas : les formules franques sont muettes. Le Bréviaire d'Alaric se borne à reproduire le passage de Caius qui les mentionne (Liber Gai Tit. 9, § 3 add. Paul. Sent. I.17 énumération des servitudes alors en usage). Ces ra-

Rares dispositions des lois franques sur les servitudes.

res textes ne sont pourtant pas tombés en désuétude, puisque dans l'Ed. synoptique d'Eoenel les deux textes se retrouvent dans les Epitome sauf celui de Saint-Gall. S'il est raisonnable de penser que ces servitudes n'ont pas disparu il est raisonnable aussi d'estimer que leur doctrine n'a pas été étudiée et n'a pas dû changer beaucoup. C'est seulement après la renaissance du droit romain qu'on restaura toute l'ancienne discipline, jusque là on ne trouve pas grand renseignement. Encore au XIII^e siècle les coutumiers offrent peu de chose : cependant dans Jostice et Plet on ne manque pas de reproduire des textes des deux livres VII et VIII du Digeste (Cf. Jost. L, IV). De même dans Beaumanoir, il n'y a pas non plus de théorie des servitudes, mais seulement quelques brèves indications sur telle ou telle servitude particulière (Cf. n° 706-710 Ch. XXIV).

Il ne semble donc pas que l'attention savante ait été attirée sur ce point. Au XIV^e siècle, dans le Grand Coutumier, les choses se modifient un peu. On y trouve d'abord une division des servitudes probablement empruntées au droit romain, sans qu'elle le reproduise exactement (L. II Ch.VI p.196 de servitudes : servitude procède par trois manières car servitude si est ou de personne à personne, ou de chose à la personne, ou de chose à la chose). "Les servitudes de personne à personne"; la législation romaine n'a jamais connu cette appellation, car elle désigne simplement le servage." comme les unes personnes sont de serve condition, et de servitude subjectés à leurs seigneurs". La servitude de chose à personne, c'est ce que le droit romain appelle servitude personnelle " Comme les choses qui doivent cens, rentes, revenus, usufruit et semblables sont servies à la personne". Enfin viennent les servitudes de la chose à la chose comme la servitude des égoûts, glacouers (esviers) rusticorum praediorum et urbanorum, là où aucunes choses sont sujettes aux autres". Il y a donc manifestement souvenir du droit romain et tentative de l'élargir et d'en modifier un peu le sens.

Dans le Grand Coutumier de Charles VI la division que je viens de signaler est d'ailleurs bien loin de commander tous les développements relatifs aux servitudes qui se trouvent épars dans tout l'ouvrage. Il y en a notamment d'autres Cf. I. pp. 82 et ss. Sous la rubrique : "Extrait du stille du Chatelet touchant la maçonnerie viennent d'abord quelques explications sur la servitude de "vue esgous, glacouers. Puis une longue étude sur la maçon-

Le Grand Coutumier emprunte la classification du droit romain.

nerie (mitoyenneté). Au L. II. Ch. 38 p. 355 on trouve le même dessein. On trouve encore les servitudes d'égoût, de vue, et autres analogues et les règles de la mitoyenneté.

Le droit romain est resté la base de la réglementation des servitudes.

Le caractère épars de toutes ces notions dans le Grand Coutumier et dans tous les ouvrages qui parlent alors de servitude s'explique peut-être par deux remarques générales qui nous en donneront une idée d'ensemble en nous dispensant de pénétrer dans le détail. I^o - Notre ancien droit a, en principe, admis dans son ensemble comme applicable toute la réglementation romaine et comme elle était indiquée avec précision et détail dans les romnistes et qu'elle était d'une intelligence assez délicate, nos coutumiers ont préféré en omettre l'étude générale. Ce n'est pas à dire qu'elle était pratiquement écartée, mais on ne s'est pas hasardé à changer la réglementation des servitudes qui est tout entière soumise au droit romain. Encore au XVIII^e siècle, le petit traité des servitudes de Pothier, qui sert d'introduction dans la Coutume d'Orléans au Titre des servitudes, en est la preuve. (Coutume d'Orléans XIII. art. 225 et ss). La doctrine de Pothier ne fait que répéter la doctrine romaine.

A la même époque, un commentateur de la Coutume de Paris, Ferrière T. II. p. 1474 et ss. atteste de même que pour les servitudes on continue à suivre les règles romaines. Voilà un premier point qui explique le silence des auteurs coutumiers et qui permet d'abréger nos explications.

D'autre part, parallèlement à ce retour se sont élaborées de façon indépendante, par suite des circonstances, quelques règles éparses pour chaque servitude, qui constituaient l'essentiel des diverses rédactions coutumières. Pour grouper ces remarques, assez éparses d'ordinaire, on peut distinguer trois catégories différentes de règles : I^o - l'aménagement de quelques servitudes urbaines qui ont pris à cette époque, sous la direction de la Coutume de Paris, un très grand développement. La principale étude de ces servitudes s'applique à celles que nous avons déjà trouvées dans le Grand coutumier ; servitudes d'égoût ou de vue. Dans la Coutume de Paris, surtout la réformée, la réglementation détaillée de ces servitudes forme l'objet des art. 200-202; 193 et 218. On entre dans ces articles dans de très grands détails, de façon à ce que l'exercice de ces droits indispensables ne moleste ni les uns ni les autres.

Une 2^e catégorie de disposition, de beaucoup la plus importante, règle dans tous ses

Elaborations de règles particulières pour certaines servitudes spéciales

Servitudes d'égoût et de vue.

la mitoyenneté.

détails la mitoyenneté. Ici nous entrons dans une matière nouvelle, car la mitoyenneté est à peu près inconnue en droit romain. Les usages romains s'opposaient au développement de la mitoyenneté; en effet les Romains ont tellement le sens de la propriété individuelle et privée qu'ils préfèrent ne pas construire leur maison exactement à la limite du sol qui leur appartient. Ils l'établissent un peu en retrait de cette limite et laissent en bordure, de chaque côté, une sorte de marchepied qui entoure la maison d'une petite ruelle, de sorte qu'aucune ne s'appuie sur la voisine. De là l'inutilité de la mitoyenneté à Rome. C'est même de là que vient le terme d'insula qui sert à désigner chaque maison. Dans certaines villes du Midi l'usage a survécu et la police se fait par flot, chacun étant affecté à la surveillance d'un "ilier". Dans le Nord, où les maisons se serrent les unes contre les autres, il a fallu aboutir à d'autres errements. On peut suivre la formation de cette théorie de la mitoyenneté dans notre région dès le XIV^e siècle où ont eu lieu à cet effet une série d'enquêtes par turbe près du Châtelet de Paris: Grand Coutumier pp. 82 et ss. Extrait du Style du Châtelet touchant la maçonnerie. On retrouve ces règles en grande partie dans la Coutume de Paris de 1510 et encore plus dans la Deuxième Coutume de 1580. Ces règles relatives à la mitoyenneté ont pris dans la réglementation légale une telle importance qu'en 1580 sur les 36 articles du titre des servitudes, 25 sont consacrés à la mitoyenneté et même on pourrait dire que leur nombre est encore plus considérable. Comme on attachait dans la vie parisienne une très grande importance à ces questions de mitoyenneté, pour les faire trancher on s'adressait à des experts en maçonnerie dont on prétendait exiger des rapports soumis à certaines formes de rédaction et à certains délais de production. Il y a alors trois articles de 1580 en dehors des 36 déjà signalés qui s'attachent aux rapports d'expert et au mesurage des maçonneries et enduits, quand un mur ayant été refait, il faut fixer dans la dépense la part de chacun.

On voit donc clairement, par cette simple statistique, que, dans toute la doctrine élaborée sur les servitudes, la mitoyenneté tient la plus grande place. Les détails de sa réglementation ont été en grande partie repris par le C.C.

Modes d'établissement des servitudes

3^e observation: Si on met à part les articles consacrés à quelques servitudes urbaines (vue, égout) et ce qui traite de la mitoyenneté et rapport d'experts, il n'y en a plus que trois

dans la Coutume de Paris.

La convention.

La possession prolongée ne peut faire établir une servitude.

Possibilité de l'extinction des
Source : BIU Cujas

auxquels se trouve réduite la doctrine générale des servitudes dans notre coutume. Cette pauvreté s'explique, comme je l'ai dit, par le fait qu'on applique en principe la théorie romaine. Il ne reste plus qu'à regarder ce que contiennent ces trois articles. Ils ont trait aux modes d'établissement des servitudes. Le mode le plus commun c'est la convention. Elle suffit à elle toute seule, sans qu'il soit question de mancipiation ni même de traditio. Du reste ces trois articles ne le signalent même pas. C'est une règle tellement admise qu'on n'éprouve pas le besoin de la relier.

A défaut de convention apparaissent nos trois articles. L'art. I86 se borne à écarter comme mode d'établissement la possession prolongée même immobilière. Nos ancêtres ont redouté qu'on ne prétende tirer la preuve d'une servitude de la pratique gracieuse qu'on en aurait longtemps tolérée. On comprend que dans une ville où on vit si près les uns des autres il ait fallu favoriser l'établissement de fréquentes tolérances entre voisins, par esprit de voisinage et que pour ne pas couper court à ces tolérances il ait été nécessaire d'éloigner toute crainte. Jour on n'en put tirer un véritable droit. Il fallait présumer à tout exercice de servitude ce caractère de tolérance qui excluait toute possibilité fonder sur elle un droit. La même idée se retrouve dans la plupart des coutumes qui écartent généralement la prescription comme mode d'établissement des servitudes. Le fait est même plus ancien que la rédaction de la Coutume de 1510. La même règle est déjà mentionnée dans les Coutumes Notoires de Jean Desmares au XIV^e siècle N° 8, 78, 156, 173 et Décision N° 387. L'art. I86 est ainsi conçu: "Droit de servitude ne s'acquiert par longue jouissance quelle qu'elle soit sans titre, encore que l'on en ait joui par cent ans".

Dumoulin, après la première rédaction, avait eu la pensée d'atténuer cette règle et comme l'article de la Coutume de 1510 s'arrêtait aux mots "sans titre", il avait prétendu que ces termes n'empêcheraient pas de considérer comme valablement fondée la servitude qui jouirait d'une possession immobilière ou centenaire car la possession centenaire "avait titre". Dumoulin ne fut pas suivi et la Coutume de 1580 a ajouté au texte ancien "Encore que l'on en ait joui par cent ans".

A l'opposé une autre règle répond au même sentiment. La population veut qu'autant que cela se peut, les fonds soient libres. Elle entend établir le principe de la liberté des fonds. Ce principe n'a qu'à gagner à la prescription quand celle-ci aurait

servitudes par la prescription.

pour but d'éteindre une servitude antérieurement établie. La prescription qui ne peut servir à l'établissement d'une servitude pourra donc très bien être invoquée pour son extinction et c'est la fin de l'art. 186: "Mais la liberté se peut acquérir contre le titre de servitude par trente ans, entre aâgés et non privilégiés." Ce sont là, règles que nous avons conservées.

En pays coutumier ces principes sont les mêmes à peu près partout. Par contre, au Midi, la règle est moins fermement accentuée, parce que à Rome on attachait moins d'importance que chez nous à écarter l'établissement de ces prescriptions. On accepte bien le principe de l'art. 186 de Paris mais on l'atténue et on accepte que la prescription puisse intervenir pour fonder certaines servitudes. C'est là qu'apparaît la distinction des servitudes continues ou discontinues et des servitudes apparentes et non apparentes qu'ignore la Coutume de Paris.

Enfin les deux articles qui restent ont trait aussi à quelque chose que la législation romaine n'a pas réglementé. C'est l'établissement de la servitude par destination du père de famille art. 215, 216.

la destination
du père de fa-
mille.

Les pays de droit écrit qui suivaient le droit romain ne connaissaient pas la destination du père de famille et notre C.C. l'a reçue du droit coutumier. Un propriétaire se trouve amené à aliéner un des deux immeubles qu'il possède et, comme ces deux immeubles ont été originaiement réunis, certaines habitudes se sont prises pour leur jouissance et leur exploitation mutuelles. Le père de famille entend, malgré leur séparation, maintenir les usages antérieurs. Dans ces pays de droit coutumier on a admis l'application de ce mode de constitution de servitude de manière plus ou moins étendue. Certaines Coutumes ne l'acceptent que si les deux immeubles ont été séparés par un partage. Dans ce cas, on a même tendance à supposer que cela va de soi. D'autres, au contraire, acceptent ce mode de constitution même quand la séparation a eu lieu par le fait d'une aliénation quelconque. Mais alors on est plus difficile pour la preuve de cette destination; c'est naturellement surtout dans les coutumes où la destination est admise dans toute alienation en compensation on a cherché à établir des règles plus rigoureuses pour l'administration de cette preuve. En général on exige qu'elle résulte d'un écrit. Il ne suffit pas de paroles et de témoignages et même certaines coutumes, outre un écrit constatant le partage et la vente, exigent une déclaration spéciale et expresse du père de famille qu'il entend établir la ser-

vitude. C'est sur ce point de la preuve que se sont élevées les plus grandes difficultés art. 215 : "Quand un père de famille met hors ses mains partie de sa maison il doit spécialement déclarer quelles servitudes il retient sur l'héritage qu'il met hors ses mains ou quelles il constitue sur le sien; et les faut nommément et spécialement déclarer, tant pour l'endroit grandeur, hauteur, mesure, qu'espèce de servitudes. Autrement toutes constitutions générales de servitudes sans les déclarer comme dessus ne valent". La Coutume de Paris limite donc étroitement la preuve de la destination du père de famille et apporte ainsi quelque entrave à la constitution des servitudes de cette façon.

Nécessité d'un écrit.

L'art. 216 est relatif à la consignation par écrit : "Destination de père de famille vaut titre quand elle est, ou a été par écrit, et non autrement." Cette dernière partie de l'article est due à la rédaction de 1580. Elle n'existe pas en 1510 de sorte qu'on peut dire qu'à l'user la pratique coutumière s'est montrée de plus en plus rigoureuse pour ce mode d'établissement.

La réglementation coutumière n'intervient donc en somme dans la théorie générale des servitudes que pour témoigner de la fermeté qu'elle apporte à la réglementation de l'établissement des servitudes et du prix qu'elle attache à la liberté des fonds.

J'ai pris comme exemple la Coutume de Paris, où ces traits caractéristiques sont plus accentués qu'ailleurs. Mais on trouve dans les autres coutumes les mêmes principes. On peut s'en rendre compte en comparant Paris et Orléans. Les différentes dispositions du titre des servitudes pourraient très facilement être classées comme nous venons de le faire pour celle d'Orléans. (pour plus de détails cf. Olivier Martin. T. II. p. 120 et ss. - Beaune La condition des biens pp. 133 et sq.)

Les Usages.

Je ne puis à l'andonner cette énumération des droits réels sans en signaler une dernière catégorie, analogue aux servitudes en ce que ce sont des droits de jouissance perpétuelle, exercés sur la propriété d'autrui, contigüe ou voisine, dérivant non pas de conventions privées, mais d'usages fort anciens dont on serait bien embarrassé de retrouver l'origine historique, usages qui sont peut-être des survivances d'une jouissance commune disparue : dans notre ancien droit on les appelle simplement "usages." Ces usages sont très variés, ils diffèrent des servitudes et ont eu

Les usages
droits de
jouissance
perpétuelle
exercés sur la
propriété
d'autrui.

dans la vie rurale ancien e une importance considérable. Les uns sont des droits de pâturage (vaine pâture - pacage - panage - glandée), les autres sont plus généralement des usages forestiers (glandée - affouage - mortbois ou bois mort - affouage - marronage, marnage d'Alsace...) Ces usages qui sont innombrables correspondent souvent à des droits de servitudes que nous connaissons. Ils se rattachent au droit personnel d'usage en ce que comme lui ils ne dépassent pas par leur étendue les besoins de l'usager; celui-ci ne pourrait en faire trafic et ne doit s'en servir que pour son usage personnel ou celui de sa famille. Ces usages se rapprochent en même temps des servitudes réelles en ce qu'ils sont attachés comme elles au fonds et se transmettent à tous les titulaires successifs de ce fonds. On peut aussi les rattacher au droit général de domaine puisque l'usager par eux, tire parfois de la terre tout le profit que la terre grevée est capable de procurer. Mais ces usages ne sont pourtant pas traités comme les servitudes romaines, ils ont une nature particulière et plus vague qui exige qu'on parle spécialement d'eux.

Leur origine est une question des plus délicates et dont la solution est encore aujourd'hui incertaine.

Droit de pâturage.

Le droit privé romain ne s'en est pas occupé. Cela tient sans doute à l'esprit individualiste de propriété romaine, hostile à la reconnaissance d'un droit vague appartenant sur une terre à une collectivité d'habitants. On rencontrait cependant en fait quelque chose de semblable, sous un aspect un peu différent.

I° - Une première sorte de pâturage avait lieu sur les terres publiques. L'Empereur, la Cité possédaient de grandes étendues de terres qui n'étaient bonnes qu'au pâturage et qui étaient affermées moyennant une redevance annuelle qui tombait dans les caisses de la Cité. Ces redevances durent cesser pendant les Invasions ou passer à des seigneurs. Il y a eu là des droits de pâturage dont l'usage a pu monter jusqu'à cette origine avec ou sans redevance.

Une 2^e catégorie est d'ordre privé. Il y avait souvent autour des villas des terres, bois, forêts, non exploités, parfois même non délimités et utilisés par les exploitants de la villa comme pâturages. Tous les habitants de la villa y envoyait leurs bêtes. La propriété de ces pâturages appartenait à la villa elle-même, au chef de la villa. Quand cette villa se morcela, au cours des désordres qui commencèrent au

VII^e siècle, l'habitation centrale du maître, son château, ses bâtiments d'exploitation tombèrent souvent en ruine, les travailleurs allèrent se construire des "casae" sur les diverses terres de la villa, chacun près de la terre qui lui avait été confiée et la villa apparut comme morcelée en un certain nombre de fermes. On continua néanmoins à user de la même manière des pâturages. Les bestiaux continuèrent à y être conduits de toute l'ancienne villa et chaque village usa d'un droit de pâturage en concours avec tel village voisin, ou telle ou telle ferme de la région. D'autres fois les habitudes rurales opérèrent d'elles-mêmes, à la longue, une attribution morcelée d'un ancien pâturage commun entre certains usagers plus rapprochés.

3° - Il faut enfin noter également une autre origine plus fréquente dans les régions où a sévi davantage l'invasion germanique et notamment dans la partie orientale de la Gaule. On a prétendu que l'arrivée des Barbares en Gaule aurait parfois ramené les populations de la région à des pratiques de propriété collective dont les Germains n'auraient pas été très éloignés avant leur entrée chez nous et qui se seraient appliquées d'abord aux terres incultes, puis même à des terres confiées pour leur culture à certains groupes ethniques germaniques enclins à cette forme de propriété. Les Germains sont souvent arrivés par bancs, par fragments de tribus, se sont établis au milieu ou à l'orée d'une forêt, autour de quoi se forma une exploitation à laquelle restait attaché le pâturage dans la forêt elle-même. On comprend qu'à cette occasion il conviendrait peut-être d'évoquer toute la difficile question de la propriété collective en Gaule. Elle est trop obscure et trop considérable pour que nous nous engagions pleinement. Sur ce point, les auteurs allemands ont interminablement discuté. On trouve la substance de la controverse dans l'*Histoire du Droit français* de Glasson, T. III, Ch. VI § 10 pp. 68 et ss. Il accepte la théorie de l'existence de régions en Gaule où la propriété collective aurait été pratiquée comme aux confins de la Germanie, dans le *Marka*, ligne indécise séparant les pays romains des pays de population germanique. Cette doctrine a été combattue avec la dernière énergie par Fustel de Coulanges (*Recherche sur deux grands problèmes d'histoire* pp. 221-228 - l'auteur le domaine rural au chapitre sur les communaux de village pp. 124 et ssq. 171 et ssq. 424 et ssq.). - La polémique a été extrêmement vive et a été soutenue par M. Glasson dans deux autres études que l'on confrontera utilement avec les précédentes : *Les communaux et le domaine rural à l'époque franque* - *Les communaux et*

Théorie d'après laquelle le droit de pâturage se réfèrait à des pratiques anciennes de propriété collective.

communautés de l'ancienne France N.R.H. 1891, pp. 446 et ss. - Enfin, pour compléter l'ensemble de textes nécessaires à cette étude Cf. Thévenin: Les communia dans les Mélanges Renier. - Je n'ai pas l'intention de m'y attarder. Il ne s'agit ici pour nous que des pâtureages. C'est un point qui n'est pas douteux qu'à une époque assez avancée de notre histoire, à l'époque coutumière, dont le centre est au XIII^e s. nous retrouvons ces droits de pâtureages communs. Ils ont existé partout en France sous la forme de droits de vaine et vive pâture. Ces droits ne seraient-ils pas la survie d'une propriété collective du clan, encore mal éteinte, et dont on retrouverait l'origine à l'époque barbare? Cette propriété originairement collective le serait restée longtemps au moins dans la mesure où elle n'aurait pas empêché l'exploitant de retirer de sa culture le profit escompté. Cette propriété collective n'aurait pas empêché le défrichement individuel, mais lui aurait survécu, si bien que la récolte une fois achevée elle aurait réapparu pour permettre à chacun d'exercer son droit commun de pâture sur la terre redevenue le sol de tous. La récolte levée, les habitants, en vertu de leur propriété collective, auraient eu le droit de parcourir à leur gré cette terre et d'y laisser séjournier leurs bestiaux. C'est le point sur lequel il serait intéressant pour nous d'être éclairés. L'hypothèse n'est pas invraisemblable et sa vraisemblance est confirmée, dit-on, par quelques textes recueillis ça et là dans les lois barbares, lois des Lombards, lois des Bavarois, Burgondes, ou Wisigoths. Je ne m'arrêterai qu'à ceux qui peuvent avoir quelque portée.

Le plus important à notre point de vue est un texte de la loi Lombarde extrait de la loi de Rotharis, M.G. in 8°, 1869, n° 358 " nulli sit licentia iterantibus erba negare, excepto prato intacto tempore sero, aut messem". Il n'est permis à personne de refuser au passant l'herbe, excepté à supposer que le pré soit intact, que les foins n'aient pas été levés ou que la moisson n'ait pas été faite. "Post fenum autem aut fruges collectas, tantum vindicit cuius terra est, quantum cum clausura sua potest defendere". Les foins faits ou les récoltes recueillies, celui-là seul pourra réclamer la terre qui lui appartient qui l'aura mise en défense par une clôture". La fin du texte indique les compositions à payer au cas où, en présence d'une terre ainsi en défense quelqu'un y envoie pourtant ses bêtes. Si donc quelqu'un, parmi ceux qui parcourent le pays, a envoyé ses troupeaux

là où déjà d'autres troupeaux sont en train de paître pour le cheval on paiera 8 sous or. Ce texte n'est pas sans intérêt pour notre étude. Il en résulte 1° qu'on peut refuser l'herbe aux itinérants, c'est-à-dire sans doute au troupeau en transhumance, transhumance très fréquente sur les Apennins et dans d'autres régions comme par exemple en France sur les flancs du plateau central. Il faut bien laisser passer ces troupeaux et les nourrir durant leur marche. C'est pour cela qu'on fait appel à la vieille conception que la terre est à tous, comme l'eau courante.

2° - Cette faculté n'existe que si le pré a été fauché et la récolte levée.

3° - Même dans ces conditions, on peut défendre sa terre contre le pâturage, à condition de l'enclôtre. Dans ce cas le bétail qui paîtra sur la terre d'autrui est possible d'une composition.

Ce texte prouve pour l'Italie l'existence du droit de pâturage à l'époque barbare, mais il est difficile d'en conclure fermement que ce droit de pâturage dérive d'une sorte de propriété collective antérieure et persistante. Le texte n'en dit rien. Qu'il y ait eu propriété collective survivante ou simple usage établi par la force des circonstances nous n'en savons rien. C'est le texte le plus caractéristique que nous possédions pour cette époque. Un autre est extrait de la loi wisigothique et s'en rapproche beaucoup. (L. VIII, T. IV. ch. 27, texte extrait de l'*'Antiqua'*.) Il s'agit aussi de ces mêmes transhumances dont parle l'autre texte. C'est une disposition pour qu'on ne puisse interdire aux itinérants l'entrée de pâturages: nous ordonnons donc que dans les terres "quae conclusae non sunt", qui ne sont pas closes, ne soit pas interdit le pacage aux boeufs et à tous autres bestiaux. Sous cette réserve cependant, que dans un même lieu ces troupeaux qui passent ne demeurent pas plus de deux jours dans le même pâturage, à moins qu'ils n'aient obtenu permission expresse du propriétaire. Ces bestiaux devront être surveillés de façon à ne causer aucun dommage supplémentaire, qu'ils aient soif de ne pas manger les arbres élevés ou fruitiers, ni les jeunes pousses qui sortent de la racine. Quant aux rameaux, on ne défendra pas aux boeufs de les paître".

La règle est la même que dans la Loi Lombarde: il s'agit de gens qui passent; ils ont droit de pacage et de séjour pendant deux jours, à condition que les terres ne soient pas closes et que les bestiaux s'abstiennent de tout dégât.

Nous ne scrumes donc pas en présence d'u-

La loi des
Wisigoths.

ne règle spéciale à telle loi ou à telle race. C'est sans doute un vieux usage commun à bien des peuples migrants, dont la pratique a été imposée par les circonstances, sans qu'on soit autorisé à y voir le reflet de conceptions bien conscientes. Ces usages ont été établis pour éviter les rixes entre itinérants et sédentaires quand la nécessité des lieux les mettait en opposition les uns avec les autres, par exemple dans les Pyrénées ou au voisinage du Plateau Central. On serait d'ailleurs surpris de voir ces vieux usages encore pratiqués, par exemple dans le Larzac au début de l'hiver ou de l'été.

Les textes ne nous permettent pas de parler d'une propriété collective.

J'arrête là mon énumération: les autres textes sont bien moins significatifs. Loi des Burgondes XII, 9 - Loi des Wisigoths VIII, 3, 9; VIII, 4, 26 et 27: - VIII, 5, 2 et 5; - Loi des Bavarois XIII, 9. Tous ces documents barbares ont trait exclusivement ou à la prohibition faite aux bestiaux de pâture sur la terre d'autrui quand elle a été clôturée, ou aux amendes infligées aux boeufs qui renversent des barrières. Il n'y faut pas voir autre chose. Par exemple, il serait inexact de conclure à contrario de ce qu'on punit le pâturage sur les terres closes qu'il est toujours permis à tous de pâture à son gré quand la terre n'est pas close. La conclusion irait au-delà des prémisses. La seule remarque qu'on pourrait accepter sur ce point, ce serait simplement que la répétition même de ces lois protectrices des terres closes nous révèle chez ces populations un état d'esprit peu enclin au respect de la propriété privée en matière de pâturage et par conséquent assez proche du régime collectif où la propriété privée des pâturages n'existe pas.

On peut aller jusqu'à cette conclusion, mais c'est dépasser la vérité que d'y voir la preuve de l'existence d'une propriété collective qui serait la source de ces usages.

Nous restons donc en face de ces deux hypothèses entre lesquelles nous n'avons aucune raison péremptoire de choisir: ces usages de jouissance commune peuvent être des survivances d'une propriété autrefois collective, qui ne se serait individualisée que successivement pour chacune des utilisations de la terre après l'autre, ou bien cette réglementation du droit de pâturage est née de circonstances de fait, sans qu'elle se relie à aucun système général de propriété foncière.

En tous cas il n'est pas douteux que dès cette époque ancienne, le droit de pâturage est pratiqué en Gaule dans les différentes régions du pays.

Les deux explications que j'en ai rapportées ont été émises depuis longtemps déjà et parmi nos anciens auteurs le plus grand nombre était tenté par cette hypothèse de propriété collective, (en ce sens Maximes de Loisel, le titre "de seigneurie" se rapporte tout entier à ces usages L. II T. 2. M. I5. p. 282" car qui ferme ou bouche, empêche, c'est la règle de la clôture "garde et défend et pour néant plante qui ne clôt", celui qui ne clôt pas plante pour rien car le pâturage aura vite fait de lui dévorer son plan. Laurière insère là-dessus la remarque suivante: "dans le droit général de la France les héritages ne sont en défense et en garde que quand les fruits sont dessus. Dès qu'ils sont enlevés, la terre par une espèce de droit des gens , devient commune à tous les hommes. Et ce droit de vaine pâture est inaccessible, inaliénable, imprescriptible.

Si on transpose ceci dans notre langage, c'est la solution et la doctrine des partisans de la propriété collective. Au lieu de dire par une espèce de propriété collective, Laurière dit par une espèce de droit des gens, c'est-à-dire du droit qui appartient à tous les hommes, qui est commun à tout ce qui vit sur la terre: c'est de ce droit que résulte pour lui la faculté générale de pâturage, telle que nous venons de l'examiner.

Laissons maintenant de côté toute cette question. Ce droit de pâturage est ancien chez nous et il a eu une vie très longue puisque la pratique de ce droit n'a pas cessé jusqu'à la Révolution. Il l'a même traversée et ne s'est éteint que par la loi du 9 Juillet 1889 qui a fini par abolir le droit de parcours et de vaine pâture que les lois révolutionnaires laissaient subsister dans certains cas.

On distingue dans l'ancienne France le vain pâturage ou vaine pâture et le droit de parcours. Le premier s'exerce sur les fonds des habitants d'une même commune et il est exercé non pas par les itinérants mais par tous les habitants de la commune, sur toutes les terres de la commune, quand elles ne sont pas en défense.

Le droit de parcours est une faculté qui est accordée aux habitants d'un village ou aux hommes d'une seigneurie de mener paître leurs bêtes sur les terres d'un autre village. Ce droit s'étend de clocher à clocher.

A la vaine pâture s'oppose la vive pâture qui est beaucoup plus rare. Elle ne se présente pas comme un usage de même nature, la vive pâture

La théorie
de la proprié-
té collective
se rencontre
chez Lauriè-
re .

La vaine
pâture.

Le droit de
parcours.

La vive pâ-
ture.

s'applique à tous les fruits de la terre pouvant servir à la nourriture des bestiaux. On la rencontre quand de ce droit de pâturage on va aux vrais communaux, sur lesquels les habitants ont non seulement la vaine, mais aussi la vive pâture quand ils n'ont pas été affermés par la commune.

Tant que la culture fut peu développée, ce droit de pâturage ne semblait pas très lourd et nos anciens auteurs le déclarent nécessaire à l'agriculture, beaucoup de pauvres gens n'ayant pas autre chose pour nourrir leurs bestiaux. Puis l'appropriation diminuant l'étendue des terres vaines et vagues, le défrichement s'étendant, la terre libre devient plus rare et prend une plus grande valeur. L'opinion quant au droit de pâturage, se modifie, on supporte plus difficilement la vaine pâture et le parcours. On se met à réglementer avec soin, on précise les conditions de la mise en défense des terres. Pour les terres habituelles, les terres labourées, les prés, la mise en défense en dehors des périodes de semaines et de récolte résultait de la clôture. Puis on décida que certaines cultures en soi comporteraient la défense, qu'il serait interdit de soumettre à la vaine pâture les jardins, vignes, garennes ou terres qui joignaient les manoirs, demeures anciennes.

Quant aux autres terres on y pouvait pâtrer quand elles n'étaient pas closes, si la nature de la culture le permettait. Il en était ainsi pour les bois taillis qui ne sont en défense que pendant les quatre ou cinq ans qui suivent leur coupe. Sur le détail de cette réglementation, les différentes coutumes contiennent des prescriptions diverses. Cf. Loisel, pp. 280 et ss. max. I6.I7.I8 "terres qui sont aux issues des villes, bourgs et villages, ne sont défendables, si elle ne sont bouchées.

C'est une règle qu'on doit clore quand on est aux abords d'une ville -Max. I6 (vignes) Max. I7 (bois taillis). Max. I8 (prés défendables de mars à la Toussaint. Max. I9 (porcs qu'on ne doit pas mener dans les prés).

Comme coutume on peut citer celle d'Orléans (T. V. a. I44 et ssq.).

Le type moyen en France est la Coutume d'Orléans qui admet la vaine pâture et le parcours, tandis que certaines coutumes prohibent la vaine pâture (Lorraine), tandis que d'autres restent muettes ou considèrent la vaine pâture comme une servitude et exigent pour son existence une preuve, laquelle peut résulter d'un titre (ce qui est rare) ou plus

Restri-
tions appor-
tées aux
droits de
vaine pâtu-
re et de
parcours.

les plus difficiles exigent la preuve par titre.

Les difficultés se sont accrues durant tout l'ancien régime à propos du droit de pâturage et aussi de la propriété des terres vaines et vagues. De grandes discussions se sont élevées à ce sujet. Certaines Coutumes attribuent la propriété de ces terres au roi et aux seigneurs par application de la règle "Nulle terre sans seigneur" (Sens, Lille, Douai, Amiens, Berry). La conséquence, c'est que le Seigneur ou le roi peut concéder le pâturage à qui il veut. A supposer même que les habitants aient pris l'habitude d'y pâturent, le seigneur est en droit de leur réclamer au moins un titre recognitif. Souvent, d'ailleurs, on accepte que le pâturage résulte d'une possession prolongée, pourvu qu'on acquitte la redevance recognitive. (Senlis, Péronne, Meaux, Melun, Poitiers).

D'autres coutumes, comme à Paris, sont muettes. On se demande alors si les communautés ne sont pas alors au moins autorisées à acquérir le droit de pâturage et si on ne doit pas considérer que la possession immémoriale leur vaut en ce cas acquisition du pâturage. (Normandie 521). La doctrine resta long-temps indécise. C'était une grande tentation pour la royauté qui au XVI^e siècle avait grand besoin d'argent. Des Ordonnances ont eu pour but de réservier la propriété des terres vaines et vagues au roi (Edit de Charles IX février 1556 - Cet Edit fut vivement critiqué, puis un autre de 1575 vint le confirmer et la seule transaction qu'on accepta fut celle permise par arrêt du Conseil du 24 Février 1588 qui consentit à tenir la possession immémoriale comme valant titre suffisant d'acquisition). Au Nord on était habitué à la maxime "Nulle terre sans seigneur", mais la royauté ne s'en tint pas à ces régions et prétendit appliquer sa directive royale en cette matière même aux pays du Midi. La difficulté ici fut plus grande. Ordonnance Avril 1667. Déclaration de 1672. Dans ces deux textes la royauté prétend au droit sur toutes les vaines et vives pâtures.

Usage des bois.

Il ne reste plus qu'à donner quelques indications sur les usages des bois. Eux-mêmes sont anciens, et il est difficile aussi d'en fixer l'origine. Dans le monde romain les arbres, à cause de leur plus grande rareté, avaient plus de valeur et étaient l'objet d'une appropriation régulière; les Germains au contraire, semblaient considérer la forêt comme bien de tous, comme les animaux sauvages qu'on chasse. Nous

La question
de la proprié-
té des ter-
res vaines
et vagues.

Prétention
de la
royauté.

Les usages
des bois.

la liberté
ans le monde
barbare.

savons par la loi Salique que l'arbre s'appropriait par une marque imprimée par celui qui se proposait de le couper (Loi Salique Tit. XXVII, § 19 " si quis arborem post annum quam fuerit signata, capulare prae-
sumperit, nullam exinde habeat culpam". Il s'agit d'un arbre coupé par quelqu'un dans une forêt et sur lequel on a apposé une marque. Celle-ci vaut acquisition de la propriété et ne doit être respectée que pendant la durée d'un an et jour. C'est par réaction contre le respect romain de la forêt qu'une loi Barbare, celle des Burgondes, inséra le fameux chapitre XXVIII (Ed. M.G. p. 64) qui accorde à tout Burgonde ou à tout Gallo-Romain, qui n'a pas de forêt à lui, la faculté de couper pour son usage, dans la forêt de n'importe qui, tout le bois qui lui est nécessaire, sauf les arbres fruitiers qu'il est interdit de détruire. La loi punit d'une composition d'un sou celui qui coupe un arbre fruitier et de même à l'inverse le propriétaire qui refuse de laisser couper chez lui du bois par un homme qui ne possède pas de forêt.

Entre la totale liberté de la conception barbare et la conception individualiste et prohibitive romaine, la solution qui finit par triompher après les invasions fut l'octroi à tous les voisins d'usages déterminés sur les bois du voisinage. Les modalités d'exercice de cet usage, la répartition de cet usage entre les différents ménages et les différents domaines, se sont établies probablement par le coutume, parfois même avec autorisation et concession faite par le chef, concession qui n'était pas toujours gratuite; d'autres fois elles se sont établies sans aucune intervention du seigneur et parce que les habitants se sont mis d'accord. C'était en somme pour les forêts un état inorganique et pendant plusieurs siècles après les Invasions, ces forêts ont été l'objet d'une multitude de déprédatations. Beaucoup tombèrent en état de déperdition. Si bien qu'au XIII^e siècle, quand notre organisation sociale et économique se reconstruisit, on fit de grands efforts pour sauvegarder ce qui restait des forêts. Autour du XIII^e siècle, de nombreux règlements locaux, seigneuriaux ou royaux s'efforcèrent d'organiser une administration des forêts, un service régulier et en même temps sans oser supprimer ces usages, s'efforcèrent de les rendre moins nuisibles en réprimant les déprédations des usagers (Cf. Pratique des Terriers de Frémerville, T. III. ch. 7 quest. I et T. II ch. III. Beaune. Etude sur la condition des biens, pp. 144. et ss. Saleilles, N.R.H. 1892, pp. 83 et ss.) Voici en quelques mots ce que sont ces usages. Ces usages ont trait

à la réglementation de l'usage des forêts au XIII^e siècle.

soit au bois proprement dit, soit au pacage dans le bois.

Les usages relatifs aux bois s'appliquent d'abord au droit au bois de chauffage. On distingue le mort bois du bois mort. Puis vient le droit au bois de charpente pour les maisons et bâtiments - enfin le droit au bois pour la clôture des héritages. A côté de ces usages existent d'autres usages relatifs au pacage dans les forêts (pacage, païsson, fesnée, glandée). Ils existent en principe sur tous les bois âgés d'au moins trois ans et on n'y peut recourir qu'à certaines époques.

Ces usages se présentent sous un double aspect. Ce sont ou des usages réels ou des usages personnels. Réels, ils sont attachés à une terre, à un château, à un fief, à une maison et domaine ou métairie. Ce sont presque des servitudes qui se transmettent en même temps que le domaine et qui, à cause même de ce caractère, ne peuvent être utilisées qu'au service du domaine qui en est titulaire et ne peuvent pour cette raison être accrues dans leur importance au-delà de leur portée originale: ainsi des usages attachés à un simple domaine ne peuvent s'étendre, si on y construit un château, jusqu'à devoir servir au château tout entier.

On peut leur opposer les usages personnels qui sont complètement incessibles et appartiennent à certaines catégories de gens, aux mainmortables d'abord, parce que en ayant le plus besoin; aux habitants d'une communauté, d'une paroisse ou même d'un village. Pour y avoir droit, il faut et il suffit d'être domicilié dans ce village. Il est très souvent question dans les Ordonnances royales de cette sorte d'usage (Ord. 1376. a. 31 - 1402. a. 10 - 1515 a. 65-) qui dégagent bien ce caractère incessible; ce sont des usages attachés à une qualité déterminée. Ces usages se prouvent en principe par le titre de concession du seigneur (puisque dans la partie septentrionale: Nulle terre sans seigneur, d'où il résulte que la forêt non appropriée appartient audit seigneur). Dans les forêts du roi on est même plus exigeant et pour qu'un usage soit considéré comme établi, il faut des Lettres Patentées du Roi. Cependant on a bien dû admettre qu'à défaut de titre, l'usage qui a été pratiqué de toute ancienneté est considéré comme valable. L'usage s'acquiert donc par la prescription et on applique ici la maxime que la possession immémoriale, celle dont on ne peut pas trouver le point de départ vaut titre. Cette règle n'a pas été acceptée pour ces usages dans toute notre France coutumière, notamment

Les usages réels.

Les usages personnels.

en Bourgogne où elle est rejetée (art. 262). Le principe n'en reste pas moins malgré la faveur faite parfois à la prescription que tout usage est censé résulter d'une concession; à l'occasion de tout usage, le seigneur a droit de demander un cens, si petit fût-il, quand même le cens ne serait à proprement parler qu'un cens récitatif. On se sert plus couramment de la prescription pour faire disparaître l'usage. La prescription court contre l'usager dès qu'il ne paie pas sa redevance, à supposer même qu'il jouisse de l'usage. S'il paie sa redevance, l'usage ne disparaît pas même si l'usager ne s'en sert pas (Coutume, Nivernais, Chap. I7 art. 10 et commentaires).

Comme on tend à rapprocher ces usages de toutes les pratiques foncières que nous connaissons, on en conclut que celui qui paie un cens pour l'usage doit être mis sur le même pied que le censitaire et on lui reconnaît la faculté de déguerpir, de se soustraire à ce cens à condition de renoncer à l'usage.

Quand on en vient à l'examen de la manière dont cet usage doit être pratiqué, on déclare qu'il doit l'être avec une certaine discrétion. Cela a trait aux différentes dévastations qui se sont produites pendant la période antérieure au XIV^e siècle. L'usage peut se perdre quand l'usager en abuse. Nivernais, Ch. I7, art. 15. De même une vieille maxime déclare que l'usage ne peut s'arrêter: on ne peut reporter la perception d'un usage sur l'année suivante. Quand on a laissé passer son droit d'exercice dans l'année, on ne peut pas le rappeler l'année suivante pour le cumuler avec celui de l'année courante.

Quand l'usage est pratiqué sur une aire géographique assez importante, le seigneur peut fort bien en demander le cantonnement, pour le limiter à telle ou telle région où il semble que l'usage sera suffisant pour les bénéficiaires et sera moins gênant pour la propriété foncière. Ce cantonnement a eu lieu surtout au XVI^e siècle, où la terre a acquis une bien plus grande valeur et où on s'est efforcé de reconquérir à la culture des régions qui lui avaient échappé. Des luttes et transactions sont intervenues entre les seigneurs réputés propriétaires de terres non appropriées, et les usagers, et on s'est livré à l'opération du "triage" qui consiste à attribuer au seigneur 1/3 ou 2/3 de la partie réservée aux usagers en propriété libre, en l'affranchissant de la servitude de l'usage moyennant l'abandon de tout droit sur le reste. On attribue à la communauté la pleine et libre propriété de l'autre tiers. Le triage a fon-

tionné pendant les trois derniers siècles de notre droit. Cf. Legrand, Commentaire sur la Coutume de Troyes.

L'ordonnance de 1669 supprime l'affouage, c'est-à-dire le droit au bois de feu dans les forêts du roi et permet de racheter le droit au bois de construction. On ordonna de dresser un état qui serait définitif des différents usages existants. Cette ordonnance n'empêcha pas de subsister les usages antérieurs relatés sur l'état dans les forêts du roi et n'apporta aucun changement à ce qui existait quant aux forêts seigneuriales.

Je n'ai rien dit jusqu'ici des droits réels accessoires, c'est-à-dire attachés à un droit personnel principal, comme le gage, le droit d'hypothèque ou le droit d'assignat.

Je les laisse de côté car leur place se trouve plutôt à l'occasion des créances que ces droits réels garantissent.

Nous nous proposons d'étudier maintenant la sanction des droits réels et les modes d'acquisition du droit réel, enfin l'institution si importante de la possession qui n'est que l'apparence de la propriété ou du droit réel. Commençons dès maintenant par l'étude des sanctions.

SANCTIONS DE LA PROPRIETE IMMOBILIÈRE.

Le propriétaire qui a été privé de sa chose et de l'exercice de son droit de propriété doit avoir le moyen de le recouvrer. Originaiement il recourt à la force et à la vengeance, quand il a été dépossédé. Plus tard on admet qu'il s'adresse à la puissance publique pour se faire rendre justice et restituer la chose. Il en fut ainsi à Rome de très bonne heure où celui qui a été dépossédé saisit le juge par une procédure qu'on appelle l'action en revendication. Pour triompher dans cette action, il suffit au demandeur de démontrer 1°- que celui qu'il appelle en justice a bien la chose à sa disposition, en est possesseur et qu'il peut la lui restituer; 2° que c'est lui, le demandeur, qui est propriétaire et qui a seul le droit d'en avoir la possession. Dans cette réglementation, peu importe de savoir comment la chose litigieuse qui est aux mains du défendeur y est tombée, on ne s'inquiète pas du point de savoir si le défendeur qui détient la chose l'a obtenue par un acte criminel,

La procédure romaine de l'action en revendication ne s'occupe pas de la manière dont la chose est venue aux mains du défendeur.

soustraction ou expulsion du propriétaire, ou bien s'il la tient d'un concours de circonstances qui ne supposent aucun délit commis par le détenteur. A supposer que le déplacement illégitime de la possession soit le fruit d'un délit, on en poursuivra supplémentairement la punition, mais non par la revendication, sans que cette punition du délit puisse se confondre avec la poursuite en revendication, celle-ci ayant uniquement pour but de remettre l'état matériel en accord avec le droit.

Déjà nous avons constaté ces solutions en matière mobilière dans le monde romain. Mais nous savons qu'il en était autrement dans le monde germanique, où la poursuite du délit se confond encore avec la récupération de la chose.

Qu'en a-t-il été pour les immeubles? Après l'invasion, les Gallo-Romains n'avaient aucune raison de ne pas suivre les usages auxquels ils étaient habitués. Ils ont donc comme par le passé continué à intenter des actions en revendication modélées sur les anciennes formules. Mais que dire des propriétaires Germains? Ces propriétaires sont en fait devenus assez nombreux sur le sol de la Gaule, simplement par l'effet des partages qui ont attribué soit $1/3$, soit $2/3$ des terres individuelles, aux nouveaux arrivés. A supposer les Gallo-Romains dépossédés au profit des Barbares, comment était protégée la part de propriété qui leur avait été accordée?

En principe, quand un barbare intentait l'action en revendication, il devait le faire conformément à sa loi nationale. Or, on avait bien quelque embarras à déterminer cette procédure nationale parce qu'il n'est pas démontré que les Barbares n'aient connu une revendication immobilière comme celle que pratiquaient les Romains: la propriété immobilière était encore rarement individuelle en Germanie. La question se posa vraisemblablement seulement après l'invasion à l'occasion des parcelles romaines attribuées à tel chef barbare, à tel soldat ou encore à tel groupement familial ou ethnique. Comment, dans cette situation, a-t-on procédé? Ici comme pour la propriété mobilière il est bien à croire qu'on dut se rallier au système ordinaire des Barbares; originellement pour les immeubles comme pour les meubles on n'accorda l'action en reprise de la possession immobilière qu'autant que la dépossession avait été délictuelle, qu'elle résultait d'une violence, d'une expulsion, ou avait été obtenue par une ruse coupable. Les textes sur ce point sont rares. Cependant, quand on les interprète d'un peu près, ils semblent bien confirmer cette i-

Dans la procédure barbare l'action en revendication est liée à la poursuite du délit.

dée. Ainsi dans la loi Ripuaire T. 59 § 8 il s'agit d'une action immobilière en revendication: "Si quis in judicio interpellatus cartam per manibus habuerit nulle ei malo ordine vel invasio requiratur, quia dum interpellatus respondit ad interrogationem: sta tu et sine tanganno loquatur et dicat" non malo ordine" sed per testamentum hoc teneo". Si celui qu'on attaque en justice a une carta qui justifie de sa possession, qu'on ne l'accuse pas d'un malus ordo, de s'en être emparé par un délit vel invasio ou d'avoir recouru à une attaque violente contre le propriétaire. Les choses se passeront donc ainsi: le défendeur interpellé répondra à l'interrogation qui lui a été adressée et sans ambage dira "non malo ordine", ce bien, je ne le tiens pas par suite d'un délit mais d'un testamentum, d'un témoignage écrit. C'est donc bien que l'action en revendication par sa formule l'accuse de tenir cette chose malo ordine, par un délit. C'est donc bien qu'on s'inquiète dans cette formule de la manière dont la chose aura été acquise par lui.- A la page suivante un texte est tout à fait analogue et oppose le testamentum à l'invasio: et menace celui qui a pris la chose à main armée d'une amende qui révèle le caractère pénal de l'action.

Dans la loi Burgonde, T. 79 §§ 2 et 3 p. 103, on ne trouve pas aussi clairement la revendication pénale, mais elle parle à propos d'une action intentée de bien violenter sublata et pervasa. Signons aussi dans les Capitulaires de la Loi Salique quelques mots caractéristiques du même ordre d'idée Cap. 819 ch.5 ajoutes sous les Carolingiens à l'époque où déjà tout ce régime devait fonctionner depuis un certain temps. (Boretius I. p. 293 ou Sal. VII 8. p. 161; 9, p. 162.) Il s'agit de terre appartenant à un mineur, "infra XII annos"; on suppose un mineur qui a envahi la terre d'un autre. On ne le condamnera pas à la peine habituelle, on le dispensera dans la composition de la part qui revient au roi (fredus). Mais il s'agit encore ici d'un bien qui a été violement usurpé et donne lieu à une poursuite pénale. Cf. Formules d'Anjou 47. Zeumer, p. 21: il s'agit de la malo ordine pervasio, d'un bien qui a été envahi de façon coupable. La conclusion c'est que dans ce cas de la revendication, la seule que nous rencontrions à cette époque, il y a lieu à un wergeld.

Tel est l'état de chose au début et qui correspond bien à cette opposition de système entre la loi romaine et la loi barbare que nous avons ren-

Le progrès va consister à se rapprocher de la revendication romaine.
l'abandon du caractère pénal de la procédure.

Progrès de l'élément réel dans les formules de Rotharis et de Liutprand.

contrée déjà à propos des meubles. Tout le progrès va consister, pour cette revendication, à se dégager de son élément pénal pour revenir à un état semblable à celui où la loi romaine avait mené la revendication proprement dite. Ce progrès s'est accompli pour la propriété immobilière du VII^e au XIII^e siècle. Il n'est pas très facile de trouver chez nous les traces précises de ce progrès. Il y a quelques documents de ce genre. Ce sont pour nous des documents judiciaires ou extra-judiciaires recueillis dans une brochure allemande de Hubner: Der immobiliar Prozess der frankischen Zeit, 1893, dans les Untersuchungen de Gierke pp. 41 et ssq. qui relève un certain nombre de documents (Vous noterez un placitum de Sigebert (648), une plainte du diacre Chrotcharius à Clovis II. (691) id. 751, Abbé de St. Denis contre l'Abbesse de Septmeules devant Pépin maire du Palais. Et au cours des 9^e et 10^es, en 918 plainte de l'Évêque Autun).

On peut suivre assez facilement tous ces changements dans les documents lombards, où les choses se sont passées comme chez nous. Les lois Lombardes ont été constituées par deux grands Édits de Rotharis, 643 publiés à Pavie et celui de Liutprand publié en 713-735. Après la conquête franque, les Capitulaires des rois francs devinrent obligatoires même pour les Lombards et furent ajoutés aux collections Lombardes. En réunissant lois et capitulaires, on en constitua dès le IX^e siècle des recueils méthodiques. Enfin sur les documents ainsi réunis, l'Ecole de Pavie qui a précédé la renaissance irnérienne s'attacha à l'étude du droit lombard et joignit à ces textes des lois et Capitulaires, des gloses et formules de procédure rédigées de 1019 à 1037 et qui formèrent le Liber Papiensis. Ces formules ont été écrites à l'occasion des différents fragments des lois lombardes et certaines publications les ont parfois données à la suite de ces lois. Il en est ainsi d'une vieille édition des Lois Barbares le C.J. Germanicus de Walter 1824, Berlin. Il est commode, pour prendre une connaissance rapide de ce mouvement coutumier que je signale. Il suffira de comparer entre elles quelques formules pour voir que les premières contiennent encore un élément pénal manifeste: malo ordine Cf. Rotharis p° 227 C. Walter I. p. 723. Si on parcourt les formules qui sont adjointes au texte on lit "Petre te appellat Martinus quod tu tenes malo ordine terram in tali loco , ad partem publicam... ipsa terra mea propria est de parte sonati mei liberti.." Marius (demandeur) appelle en justice Petrus et lui dit: " Par-

ce que tu tiens malo ordine telle terre c'est pour cela que je t'attaque", et il ajoute à cet élément pénal un élément réel que nous n'avions pas trouvé: ipsa terra..... "Cette terre elle est ma propriété du côté de Donatus mon affranchi qui me l'a laissée". Donc ici élément pénal (malo ordine possides) et l'élément réel (la chose est à moi) qu'on retrouve dans la formule ajoutée au Liutprand XXII p. 767. C'est une femme qui appelle en justice avec son tuteur: "tu tiens malo ordine" voilà l'élément pénal renforcé puisqu'elle demande une amende à propos de ce fait délictueux. Puis elle déclare "ipsa terra mea propria est" Cette terre est à moi et la preuve en est que tu m'en as rédigé toi-même cet acte écrit. Donc double élément pénal et réel renforcé par la mention d'une amende .- Cf. N° 19 p. 766 dont on peut tirer la même conclusion. A côté de ces formules qui sont la première étape vers l'affranchissement de l'élément pénal, d'autres sont complètement dégagées de celui-ci. Rotharis n° 153 p. 703 et F. 230. P. 704. La première formule est tout à fait semblable à celle que je viens d'indiquer: "malo ordine" et affirmation de la propriété. Aussitôt après le rédacteur se reprend et il dit: " ce sont là des vieilleries, quand on rédige une formule comme cela c'est qu'on est un âne " secundum asinos, ista sit placitum" et il rédige une formule nouvelle où il n'y a plus, comme en droit romain, que l'allégation de l'existence de la propriété et dans cette formule la discussion s'engage seulement sur le point de savoir si celui qui réclame est bien le propriétaire. On allégué la possession de cinq ans au profit du défendeur et le demandeur réplique par le " malo ordine" qu'il déclare à la base de cette possession.

Nous avons vu comment s'était altérée la revendication romaine immobilière aussitôt après l'invasion au contact des traditions germaniques. La dernière transformation qu'elle ait subie est de sens exactement inverse. Elle est marquée au contraire par un retour vers la pure revendication romaine. Cette transformation fut l'œuvre de la renaissance itinérante et est déjà accomplie au XIII^e siècle. La doctrine de Beaumanoir est en effet toute romaine, on n'a même pas à y noter les particularités propres à l'histoire de la revendication mobilière qui marquent les étapes successives de ce retour comme l'action de chose emblée ou celle de chose adirée. On ne rencontre dans Beaumanoir que des remarques pu-

rement romaines. Il divise nettement les actions en actions réelles et actions personnelles: n° 229 et 230: "Les demandes personeus sont qui touchent la personne, si comme convenances, achats, ventes, vilenies fetes, obligacions, et mout d'autres cas qui pueent touchier les personnes". n° 230 "Les demandes reeles sont quant l'en demande eritages, si comme terres, bois, pres, vignes, eaues, justices, seignouries, fours, moulins, mesons, cens, rentes et autres choses qui sont tenues pour eritages"; Ces demandes réelles sont portées devant le seigneur du lieu (N° 232). Quant à la forme de la revendication, elle est tout à fait la même que la forme romaine n° 200 "Autrement convient former sa demande qui veut pledier seur propriete d'eritage, car il doit dire: "Sire, je demant tel eritage que Jehans m'empêche - ou que je voi tenir a Jehan,- liqueus eritages siet en tel lieu, et qui fu à tel persone, et a moi appartient li drois de l'eritage par tel reson" Et doit metre la reson avant, et offrit la reson a prouver s'ele li est nice". Il n'y a plus ici, comme en droit romain, que l'affirmation du droit réel sur laquelle se base toute la procédure. L'action, une fois la demande déposée, se comporte comme suit: elle admet un jour de conseil qui est de droit pour le défendeur, délai de quinzaine qui lui est donné pour se renseigner. Puis, ce délai écoulé, il a droit à un autre délai, le jour de vue, qui lui est donné pour l'examen des lieux et comporte une seconde quinzaine. S'il prétend tenir le bien d'une personne obligée vis-à-vis de lui à garantie, il a un troisième délai pour assigner l'adversaire. Grand Coutumier II, 36. P. 351 .- Les délais expirés, il faut prendre parti. Le défendeur doit répondre à la demande et il doit "nier droitement et tout simplement ce qui est proposé contre lii" ou "proposer fet contraire" (Beaumanoir n° 257: "Deux manieres sont de niances fere en court laie, dont chascune soufist: l'une si est de nier droitement et tout simplement ce qui est proposé contre li, et l'autre si est de proposer fet contraire contre ce que l'avverse partie dit et d'offrir loi a prouver".

Il peut donc prouver qu'il a lui-même acheté le bien d'une personne qui se prétendait propriétaire. Chacun doit être prêt du reste à faire la preuve de ce qu'il a présenté. Le demandeur doit établir qu'il est propriétaire et, si le défendeur a présenté un fait qui soit en contradiction avec cette prétention, c'est au défendeur à en prouver

Preuves à fournir.

l'exactitude. Celui qui affirme quelque chose doit en même temps qu'il l'affirme jurer qu'il est de bonne foi dans son affirmation (Beaumanoir n° 226 et 227): "Cil qui demande et cil qui se defend de quel cas que ce soit, essieutés les cas de crime es queus il a péril de cors, doivent fere serement de verité en tel maniere que li demanderes doit jurer qu'il ne demandera fors ce ou il croit avoir droit et que se tesmoins li convient atrere, que bons et loiaus les i atrera a son escient; et li defenderes doit jurer qu'il connoistra verité de ce que l'en li demandera en la besoigne, et qu'il ne metra reson avant a son escient qui ne soit bonne et soufisans, et que se tesmoins li convient amener a prouver ses resons, il les amenra bons et loiaus a son escient; et du sere-ment qui li tesmoing doivent fere il est parlé au titre des prueves". Quant à la preuve, elle est admistrée comme en droit romain. Chacun doit prouver ce qu'il affirme, le demandeur sa propriété, le défendeur les faits qui peuvent aller contre les dires du demandeur. Dans la procédure barbare, c'était le défendeur qui devait prouver qu'il n'avait pas commis ce dont on l'accusait.

La revendication romaine se trouve donc pleinement restaurée dans Beaumanoir. Elle ne sera plus jamais altérée et se retrouve à peu près telle dans Pothier, Traité du domaine de propriété, II^e partie C.I. a. 3. p. 314. On peut constater qu'en ce qui touche la preuve jugée nécessaire par chacune des deux parties, c'est plutôt la preuve de la publique que l'on exige: dans notre revendication telle qu'on la pratique alors, c'est celui dont le titre est antérieur à l'autre qui l'emporte, sans qu'il doive nécessairement démontrer de façon absolue l'existence de sa propriété.

Observations: - Dans la revendication, la preuve a lieu depuis le XIII^e siècle comme à Rome par titres, témoins ou présomptions. Très peu de temps auparavant, la preuve de la propriété, comme en tout procès de quelque importance, avait lieu par gage de bataille, c'est-à-dire par duel judiciaire. C'est l'Ordonnance de Saint Louis qui l'a supprimée pour la remplacer par la preuve par témoins. Mais cette Ordonnance ayant été portée et appliquée seulement dans le domaine du roi, en dehors de celui-ci, le duel n'a disparu que peu à peu et à des dates différentes pour les différentes provinces. (Cf. Beaumanoir n° 1722, 1723. II Ch. 61 p. 379).

Modes de preuves employés.

Disparition du duel judiciaire comme mode de preuve.

2° - Comme atténuation à ce que nous avons dit plus haut de la division des actions, on se rappelle qu'en droit romain, on distingue nettement les actions réelles et les actions personnelles, les unes ont trait aux choses et les autres à la personne. Dans notre ancien droit, au contraire, on sait que dans la matière immobilière on s'est décidé à créer une troisième sorte d'action, intermédiaire entre l'action personnelle et l'action réelle, l'action mixte qui a duré jusqu'au C.C. Beaumanoir, dans le passage précité, ne manque pas de la signaler, puisqu'au lieu de ne faire que deux catégories il en fait trois et ajoute, n° 231, "les demandes mêlées". "Ce sont celles qui commencent personnels et descendent en la fin à estre réelles". Ces actions mixtes fonctionnent notamment dans le contrat de rente foncière. Pothier, Rentes foncières, Ch. V. a. I. § 3 p. 85. Pothier, à propos de ces actions mixtes, déclare qu'il considère l'action mixte comme surtout réelle parce qu'elle se fonde sur le droit réel qui appartient au bailleur à rente, au crédirentier et qu'elle est intentée, comme les actions réelles, contre le possesseur du bien grevé de rente. Elle est donc intentée à l'occasion d'un droit réel et contre le débiteur comme l'action réelle. Mais elle est aussi personnelle, en ce que les conclusions de l'action sont dirigées contre la personne du possesseur. Cette action mixte intervient dans le cas suivant: le crédirentier veut se mettre à l'abri, dans une instance postérieure, des dénégations du débirentier qui ne se serait pas engagé personnellement vis-à-vis de lui. Le débirentier a contracté son engagement personnel par exemple vis-à-vis du cédant auteur du titulaire actuel. Le rentier actuel n'a donc pas de titre contre le débirentier. Il se peut cependant qu'il ait intérêt à poursuivre personnellement ce débirentier par exemple pour des arrérages antérieurs à sa possession. Cette action mixte a pour but direct d'obliger le débirentier à passer titre au crédirentier actuel de la rente foncière, d'exiger du débirentier qu'il contracte une obligation personnelle de payer vis-à-vis du crédirentier. Elle est donc bien dirigée contre la personne. Voilà l'action mixte. En droit romain, on ne connaît rien de semblable. Droit réel et droit personnel sont trop pleinement différents pour qu'un droit puisse suivant se face apparaître tantôt comme réel ou tantôt comme personnel. Dans l'ancien droit, au contraire, il y a une multitude de droits réels dont le bénéfice ne peut être obtenu que grâce au service personnel d'un autre (il en est

ainsi de tous ceux qui ont droit d'obtenir une redevance de l'exploitant. Le droit de celui qui poursuit l'exploitant est à la fois réel et personnel, puisqu'il porte sur un avantage produit par la chose mais que cet avantage ne naît que grâce au travail personnel de l'exploitant.

TITRE III.

ACQUISITION ET TRANSMISSION

D R S D R O I T S R E E L S.

I - L'OCCUPATION.

Les Romains quand ils ont voulu étudier les modes de transmission ou de constitution des droits réels, les ont d'abord classés en deux grandes catégories: modes originaires et modes dérivés, les premiers supposant qu'aucune espèce de propriété n'existe antérieurement au profit de personne sur l'objet, comme par exemple l'acquisition du gibier par le chasseur. Jusque là le gibier était à l'état naturel, n'avait pas été approprié: l'acquisition par le chasseur est un mode original.

A ces modes originaires on oppose les modes dérivés qui supposent que l'objet a déjà été approprié et qui s'inquiètent de savoir comment cette propriété peut être transférée à une autre personne.

Le mode original essentiel est l'occupation. Il a fonctionné en matière immobilière et mobilière. Il s'agit en matière immobilière, d'une terre qui n'a pas encore été appropriée ou qui l'ayant été a été abandonnée, si bien que tout droit de propriété sur elle a disparu. A quelles conditions peut-il se reconstituer sur cette terre?

Cette occupation se manifeste ordinairement pour les immeubles par le défrichement. C'est par là que l'homme y assoit son pouvoir et se crée sur la chose un droit supérieur à tous les autres. L'occupation dût être fréquente à l'époque des Invasions, à cause des grands territoires incultes ou abandonnés à la suite des dévastations, à la suite des grandes migrations de peuples et du brigandage qu'elles ont engendré. Tout cela est en harmonie avec la faible densité de la population. L'occupation d'une terre entraîne d'ordinaire peu de con-

Distinction
des modes ori-
ginaires et des
modes dérivés;
l'occupation.

testations, car aucun droit antérieur ne se trouve en conflit avec elle. Elle ne donne pas lieu au jeu des principes juridiques.

Cependant elle n'est pas, au point de vue juridique, aussi indifférente qu'on pourrait le croire. Celui qui défriche une terre aime mieux la choisir dans un voisinage habité, de sorte que, bien que la terre n'ait pas encore été appropriée, il se peut qu'il naîsse quelque difficulté avec les voisins et le défrichant du fait même du défrichement. Ces terres qui n'étaient à personne pouvaient auparavant servir comme pâturage, comme réserve à la tribu voisine, pour le cas d'accroissement de population de la tribu ou de la famille. Ces terres sans être appropriées pouvaient fort bien être comme dans la zone d'influence d'un groupement qui se trouvait ainsi appelé à intervenir à son appropriation. De là des réclamations formulées par tous ces voisins non propriétaires. De fait, les Lois Barbares ne sont pas sans offrir quelques exemples de ce genre. Ainsi loi des Burgondes, Ch. I3. M.G. in 4°. P. 52: L'hypothèse est celle de ces "essarts" qui n'appartiennent à personne, en lisière de la forêt, et qui sont cependant tout près d'exploitations déjà installées, qui se trouvent "in sylva communi". Le Burgonde et le Romain étaient souvent en face l'un de l'autre, par suite du partage des terres, l'un des deux qui est plus travailleur que l'autre s'est mis à défricher quelque parcelle de ces essarts. Le texte a pour but d'empêcher que cela ne soit matière à rixe entre les deux voisins. Le Burgonde qui est surtout pasteur réclame contre ce défrichement qui enlève quelques terres de son pacage. Le roi décide que celui qui a défriché pourra considérer la terre comme lui étant acquise par occupation, mais à la condition qu'on délimite une parcelle d'égale étendue et que l'autre pourra défricher de son côté et s'approprier de même manière quand il le voudra. Voilà un exemple des dissentiments qui peuvent être soulevés à ce propos.

De même dans la loi Burgonde un autre passage, Titre 54, 2. p. 89, relatif au partage opéré entre Romain et Barbare des biens de Romains s'occupe des mêmes "exarta". Cette loi a pour but de faire disparaître toutes les compétitions qui interviennent sur ce sujet entre les farae, tribus, ou groupes de familles et il expose de nouveau quelques événements analogues à ceux du texte précédent: Romain et Burgonde auraient droit à défricher la même quantité. Ici encore nous serons dans le domaine

Questions juridiques que suscite le défrichement.

Indications de la loi des Burgondes et de la Loi des Wisigoths.

de l'occupation .

De même la loi des Wisigoths contient quelque chose de semblable. Quelqu'un étend les cultures qui ont été faites au-delà du point où elles ont été permises et occupe en bordure de sa terre une portion plus considérable. (Loi des Wisigoths X.I.I3. p. 279 et 6 et 7. P. 277 -278.) Les chapitres VI-VII envisagent une hypothèse un peu différente des précédentes. Dans l'un il s'agit de l'usurpation d'un précariste qui a empiété sur la terre voisine, dans l'autre il s'agit d'un simple défrichant qui n'est pas un précariste. Il est vraisemblable que ce que nous saisissons en application dans le domaine Burgonde et Wisigothique s'est produit un peu partout en Gaule. Peut-être seulement ces mêmes faits ont-ils été ailleurs plus rares et d'une application moins fréquente.

Cette question de l'occupation fut donc envisagée et résolue à l'époque de l'invasion. Quand ces populations devinrent plus stables, l'occupation dut perdre une partie de son intérêt. Pendant les deux ou trois siècles suivants elle sommeille. Puis un jour vint où cette question surgit à nouveau dans des circonstances de fait un peu différentes. Sous les Carolingiens, dans la région de la Septimanie, région méridionale en bordure de l'Espagne, et qui a pour centres principaux Montpellier, Narbonne, Perpignan, cette région avait été au VIII^e siècle envahie par les Arabes. C'est seulement la victoire de Poitiers qui commença à déterminer la retraite des envahisseurs. Bien souvent auparavant la population par groupes isolés et individuels avait été mise en fuite, les terres dévastées et peut-être repeuplées par les conquérants arabes. Quand vint Charlemagne le flot arabe fut décidément refoulé et Charlemagne reconquit complètement cette région. A cette époque se constitue la nouvelle forme d'occupation qui doit nous arrêter. Quand Charlemagne reconquit ces terres, il voulut les repeupler et faire cultiver à nouveau cette région. Il y avait bien quelques anciens habitants récemment expulsés par le flot arabe qui ne demandaient qu'à revenir. En outre il y avait des chefs militaires, des soldats de l'expédition qui avait opéré cette reconquête, qui désiraient exercer sur ces terres une sorte de droit de préférence. Il y eut au milieu de tous ces nouveaux venus des rixes et des désordres. Ils avaient les uns et les autres de bonnes raisons à faire valoir. L'Empereur crut devoir intervenir et nous avons gardé trace de cette

L'occupation
en Septimanie
après la dé-
faite des
Sarrasins
par Charlema-
gne.

intervention dans trois Capitulaires de Charlemagne et de son fils Louis le Débonnaire. Le premier est un proeceptum pro Hispanis de 812, Boretius M.G. in 4°. Capitula I. n° 76.p. 169. Puis un deuxième texte de Louis le Pieux de 815 - et un Troisième Capitulaire de 816 - (Boretius, n° 132 et 133 pp. 261 constitution de Hispanis et p. 265). Ces trois Capitulaires méritent qu'on s'y arrête un instant. Il se peut qu'à début ait fonctionné ici l'occupation pure et simple comme celle que nous avons rencontrée dans les Lois Barbares. Mais de bonne heure on dut sentir que les usages existants étaient insuffisants à trancher les difficultés de la situation.

On recourut à l'Empereur pour mettre fin aux contestations des occupants entre eux ou avec les chefs militaires de la région, ou encore des occupants et de grands concessionnaires coloniaux qui pouvaient avoir obtenu de l'empereur un droit global de défrichement sur toute la circonscription. Le dernier Capitulaire nous revèle notamment parmi les occupants trois catégories de gens: 1°- ceux que l'Empereur y a installés aussitôt après la reconquête: beaucoup sont d'anciens soldats et ici le Capitulaire de 816 se relie par ses prévisions à celui de 812. Parmi ces premiers exploitants s'en trouvaient probablement certains qui plus puissants et plus avisés que les autres, avaient trouvé, dans leur influence près de l'Empereur, le moyen d'étendre leur concession au-delà des limites qui leur avaient été fixées originairement ou qui avaient obtenu de l'Empereur une sorte de concession superposée à celle des autres et faisaient travailler les sous-ordres à leur profit. Une fois le gros travail de défrichement accompli, certains de ces hommes plus puissants ont dû tenter de se servir de la concession plus large par eux reçue de l'Empereur pour agrandir leur domaine ou même pour expulser à leur profit les plus anciens arrivés qui n'avaient été investis par aucune autorisation impériale ou encore pour leur imposer une sujétion qui s'était déjà établie en fait et dont ils réclamaient la légitimation par l'octroi d'une redevance. Ces mêmes pionniers qui ont ainsi défriché le sol, déjà molestés par quelques uns de leur voisins ont été aussi en butte aux exactions du comte, le chef administratif de la circonscription et de ses juniores c'est-à-dire de son entourage. On trouve mention de leurs réclamations dans le Capitulaire de 812 et dans celui de 816.

Diverses catégories d'occupants.

2° - Une deuxième catégorie signalée en 816, comprend des immigrants libres sans mandat, arrivés proprio motu, qui se sont mis à cultiver les loca deserta et dont le Capitulaire de 816 confirme l'acquisition sous une double condition, la première, c'est qu'ils consentent à rendre à l'Empereur les mêmes services que ceux qui ont un praeceptum, peut-être pour la défense du pays contre un retour offensif de l'ennemi et la seconde qu'ils se soumettent à la même juridiction que les autres. On s'efforce de les faire glisser dans une condition subordonnée semblable à celle des premiers. Beaucoup datent du début de la conquête, mais le Capitulaire de 815 laisse entendre qu'il en est arrivé d'autres et même qu'il en pourra venir encore. Ces deux catégories ne sont tenues vis-à-vis des Comtes à rien de plus que les hommes libres ordinaires et l'Empereur est disposé à les défendre contre toute oppression.

Puis, 3ème catégorie, les plus tard venus qui trouvant le territoire occupé se sont pour trouver une place recommandés au chef, au comte, à ses vassi; dont ils ont reçu des terres à défricher. On peut les assimiler aux précaristes. Les deux premières catégories, surtout la seconde, ont pratiqué l'occupation telle qu'on la concevait antérieurement. Les deux traits particuliers de leur condition c'est que, souvent, à l'origine de leur établissement, se trouve un praeceptum de l'Empereur et en outre peut être bien que pour eux le délai de trente ans paraît leur avoir été imposé pour confirmer leur acquisition (Capitulaire de 816).

Il s'agit donc bien d'une sorte d'occupation, mais soumise à des règles un peu différentes de l'occupation ordinaire, aussi porte-t-elle le nom d'aprisio. Durant tout le IX^e siècle on en trouvera des traces dans cette région de Narbonne, de Fontjoncouse, d'Elné ou de Perpignan, dans les Pyrénées orientales ou aux environs de Montpellier. Les textes qui y ont trait sont réunis dans la publication de Thévenin, Textes de l'époque franque, Ed. Picard. N° 71.P. 86, de 834; N° 88, p. 118, de 852; N° 93.P. 127 de 858). Les deux premiers sont les plus importants et se rapportent à l'abbaye de Fontjoncouse. Le 3ème est de la région d'Elné auprès de Perpignan. On trouve aussi dans ce recueil quelques exemples d'occupation ordinaire, notamment n° 69 p. 82, datant de 826, 827 "Captura" relative à la région de Fulda.

Pour l'histoire postérieure de l'occupation il y a peu de chose à dire. Le régime féodal

L'aprisio.

à mesure qu'il s'est affirmé à mis fin à l'occupation libre, telle que le droit romain la connaissait : le seigneur étant réputé propriétaire de toutes les terres de sa circonscription, il ne restait plus pour le paysan aucune terre vacante à occuper.

Laissons de côté l'aprisio qui a disparu avec les circonstances qui l'avaient motivée. Quant à l'occupation elle-même, on dut la réaliser par voie d'occupation individuelle. Mais avec le développement du régime féodal, elle devint de plus en plus difficile, par suite de l'application de la maxime " Nulle terre sans seigneur". Il ne pouvait plus y avoir de terres qui ne fussent déjà occupées; toute terre vacante était réputée appartenir au seigneur. Cependant les occupations continuèrent à avoir lieu en fait, mais l'application de la maxime conduisit à ce résultat que l'occupant fut considéré comme obligé de consolider son occupation en reconnaissant la propriété éminente du seigneur et en lui payant pour la reconnaître un cens. Cette exigence par le seigneur d'un cens pour toute terre défrichée ne fut pourtant pas acceptée partout. Dans certaines régions, tout en acceptant la maxime, on décidait en même temps que les terres vacantes appartenaient non pas au seigneur, mais à la communauté, de sorte que c'était à celle-ci et non pas au seigneur qu'il y avait lieu de payer le cens. Pour justifier cette propriété de la communauté, on recourrait à l'idée de possession immémoriale. Toutes ces choses s'étaient ainsi entremêlées au hasard des circonstances extérieures. Un conflit finit par surgir entre le seigneur appuyé sur la maxime et la communauté invoquant à son profit la possession immémoriale. Il ne devint aigu qu'au XVI^e siècle, car à cette époque, les défrichements s'étant multipliés, les terres vacantes manquèrent et on se battit à leur sujet. Cette lutte, longtemps sourde, se termine au XVI^e siècle par le triage: on fit une sorte de transaction entre le droit du seigneur et les prétentions de la communauté et on décida de donner à l'un ou à l'autre un tiers ou deux tiers selon les régions. Tout ce mouvement fort important a laissé sa trace dans bien des coutumes, notamment dans celle de Troyes T.X. a. 168. Cf. Legrand, glose 2. p. 670 de son commentaire.

Nous avons ainsi fini l'étude des modes originaires auxquels en droit romain s'opposent les modes dérivés qui supposent des terres antérieurement apporPRIÉES et qui ont fait l'objet d'un transfert de propriété à un nouveau titulaire. On distingue

L'occupation
dans le régime féodal, obstacle qu'elle rencontre du fait de la maxime nulle terre sans seigneur.

les modes volontaires et les modes non involontaires, division commode qui nous servira, les premiers reposant sur une convention entre acquéreur et aliéna-
teur, les autres résultant de l'attribution de la propriété par la loi, le juge, ou en vertu de l'acti-
vité dominatrice de l'acquéreur qui s'empare des biens sans le consentement du propriétaire. C'est de ce dernier mode que je veux d'abord parler.

II - L'USACAPION.

C'est le mode le plus important: une personne s'empare d'un bien qui ne lui appartient pas et le cultive paisiblement pendant un certain temps. A Rome ce procédé s'appelle l'usucaption, c'est l'acquisition d'un bien par un usage paisible, prolongé. Il est voisin de l'occupation qui repose elle aussi sur l'usage du bien, mais dans l'occupation il n'y a personne à qui cet usage nuise et à cause de cela on transforme immédiatement cet usage en propriété. Dans l'usucaption on exige pour cette transformation qu'un usage prolongé la légitime. Cette acquisition de la propriété par l'usucaption se justifie facilement. D'un côté l'absence de toute réclamation du propriétaire pendant un temps raisonnable, alors pourtant qu'il est privé de la possession et de la jouissance de sa chose, laisse supposer qu'il se désintéresse de sa chose, qu'il y renonce et permet sans injustice au législateur d'éteindre le droit du propriétaire antérieur pour le transférer à l'autre qui s'en soucie davantage. D'autre part, les soins prolongés donnés à la chose par l'occupant justifient la préférence qu'on lui accorde pour lui attribuer la propriété quand la loi veut l'éteindre entre les mains du titulaire primitif. Il est impossible de maintenir indéfiniment une divergence entre le fait de possession et le droit de propriété quand personne ne réclame ce maintien. C'est à cause de cela que l'usacaption existe dans toutes les législations du monde. Originairement, en droit romain, l'usucaption résulte de la possession paisible de l'objet pendant un an pour les meubles et deux ans pour les immeubles. A cette époque l'usucaption est un mode du droit civil et ne peut fonctionner qu'au profit d'un citoyen romain, à l'occasion d'une chose romaine, en l'espèce d'un immeuble italique et elle transfère le dominium ex jure quiritium. Par

L'usucaption
et la pres-
criptio longi
temporis
en droit
romain.

la suite, le préteur est venu au secours de tous ceux qui avaient été ignorés par le droit civil et à qui il n'était pas permis d'acquérir de cette manière la propriété. Le préteur a accordé d'abord au possesseur une exception, la prescriptio longi temporis opposable à la revendicatio du propriétaire qui réclamera sa chose et plus tard, en plus de cette exception, il lui a accordé une revendicatio utilis pour lui permettre de prendre les devants et d'attaquer lui-même au cas où la possession serait sortie de ses mains.

La théorie de l'usucaption, et celle de la prescriptio longi temporis ont longtemps cheminé de concert, se rapprochant de plus en plus l'une de l'autre, ne différant plus guère à la fin de leur route que par la durée variable de leur accomplissement (deux ans et dix à vingt ans), pour finir par se fondre l'une dans l'autre dans le droit de Justinien (C.J. VII, 31, de Usucap. C. I., de 531). En même temps Justinien opéra une modification dans la terminologie. Il applique le terme d'usucaption uniquement à l'acquisition des meubles et il en sera ainsi pendant tout le Moyen-Age, tandis que le terme praescriptio est réservé à l'acquisition des immeubles. Enfin, cette usucaption ne fonctionnait pas en principe lorsque l'objet dont il s'agit avait été acquis par vol ou de mauvaise foi. C'est là une interdiction d'usucaper qui a subsisté jusqu'à Justinien. Il faut également signaler que sous Théodose II, en 424, une constitution impériale (C.Th. IV. 14 de Act. certo tempore.... I. C.J. VII, 39 de prescrip. XXX vel XL an, 8 § I) établit que toute action en justice, qu'elle qu'elle soit, quand elle n'aura pas été exercée dans les trente ans qui suivent sa naissance, devra être considérée comme éteinte. Il en est ainsi même de la revendication, de sorte que par l'effet de cette voie détournée la propriétaire qui a cessé de posséder son meuble depuis trente ans et plus et qui pendant ce délai n'a pas exercé l'action en revendication se trouve hors d'état d'agir en justice pour recouvrer sa possession. Cela aboutit la plupart du temps au profit du possesseur à un phénomène analogue à la prescription. Avec cette nuance que celui que l'ancien propriétaire voudrait attaquer en justice ne sera pas tenu pour se défendre utilement de démontrer sa propriété. Il lui suffira d'établir non pas qu'il y a trente ans qu'il est possesseur mais qu'il y a trente ans que le propriétaire a perdu sa possession et ne l'a pas re-

vendiquée.

Voilà les lignes essentielles de l'usu-caption et de la prescription à l'époque de Justinien. Une dernière réforme de celui-ci a accordé l'acquisition de la propriété au possesseur de trente ans, alors même que sa possession avait été acquise de mauvaise foi.

Voilà en écartant les dernières réformes de Justinien devant quelle doctrine se trouve le monde gallo-romain, au moment même de l'Invasion. Dans son ensemble cette théorie romaine de l'usu-caption était vraiment trop ancienne et trop profondément assise dans les usages juridiques de Rome, pour qu'on puisse croire qu'elle ait pu disparaître de la pratique romaine. C'est une chose qui serait insoutenable. Pourtant les recueils romains postérieurs aux Invasions, rédigés par les Barbares, tiennent en fait peu de compte de cette institution qu'ils mentionnent rarement. Au Bréviaire d'Alaric il n'est question d'usu-caption qu'au seul titre des Sentences de Paul, L. V. T. 2. et il en relate les traits essentiels sans que l'on puisse trouver dans tous ces documents même la Constitution de Théodore II. De même, la Loi romaine des Burgondes est encore plus muette. Cependant l'usu-caption n'a pas disparu, mais il est bien possible que, dans cette théorie, certaines parties, d'une application plus délicate (juste titre - bonne foi), n'aient pas survécu à la disparition de la culture juridique romaine après les Invasions. Peut-être s'en est-on tenu à une réglementation plus grossière, en ne faisant appel qu'à une prescription uniforme, sans condition, par une possession prolongée comme la possession de trente ans.

Cette hypothèse s'appuie sur ce fait que ce n'est que la prescription de trente ans sans aucune atténuation qu'on rencontre après les Invasions ailleurs que dans les textes gallo-romains. Il semble que dans le monde barbare c'est tout ce qu'on ait recueilli de l'état de choses antérieur. C'est la prescription de trente ans qu'on retrouve dans la praeceptio de Clotaire II, de 584 à 628, Ch. I3: Quidquid ecclesia, clerici vel provinciales nostri (nos sujets gallo-romains) intercedente tamen iusto possessionis initio, per triginta annos inconcuso iure possedisse probantur in eorum ditione res possessa permaneat; on ne prévoit le fonctionnement de cette usu-caption qu'au profit de l'Eglise, clercs et Gallo-Romains et on suppose, pour qu'elle puisse fonctionner, que la prise de possession ait

Subsistance
dans les lois
romaines des
barbares de
la prescrip-
tion de trente
ans.

été faite justement (c'est ce qui reste de l'ancienne bonne foi), et que la possession ait duré sans interruption pendant trente ans. Le texte ajoute: "nec actio tantis aevi spatiis sepulta ulterius contra legum ordinem sub aliqua repetitione consurgat, possessio nes in possessoris iure sine dubio permanente. Cette phrase vise sans doute l'autre aspect de la prescription dont on ne se rend plus bien compte, c'est-à-dire la disposition de Théodore II quant à la revendication, la prescription extinctive.

Pas de mention de la prescription de 10 à 20 ans.

Voilà ce qu'on trouve dans les lois destinées aux Gallo-Romains d'un royaume barbare. Il n'est pas question de la prescription de 10 à 20 ans. C'est encore la prescription de 30 ans qui est invoquée dans les textes du VII^e au X^e siècle, en y ajoutant parfois comme condition nécessaire la *justa vestitura*, la prise de possession par bonne foi (*Formule Turonenses*. 39. Zeumer et Thevenin. Textes N° 25 p. 30 et 31:.... "taliter debeat capiurare, quod ipsam hereditatem , sem per ipsam ter et per 30 annos secundum legem....." Ce secundum legem indique qu'on a l'intention d'appliquer ici ce qu'on considère comme la législation romaine, il n'est question ici que de la prescription acquisitive de trente ans. On pourrait multiplier les textes: p. 94 p. I31 ann. 862 n° 101 p. 144 (ann. 868) - n° 114 p. 167 (ann. 898). - N° 125 p. 184 (ann. 925). Il s'agit toujours ici de la prescription de trente ans, au profit de celui qui est entré en possession d'une façon légitime.

On ne trouve la mention de la prescription de 10 à 20 ans que dans un texte, la *Decretio Childeberti II. Boretius*, Ch. III p. 15, anno 569 "Si militer Treiecto convenit, ut servo, campo aut quilibet res ad unum ducem et unum indicem pertinentes per decem annos quicunque inconcusso jure possedit nullam habeat licentiam, interciandi, nisi tantum orfanorum usque vicesimo anno licentiam tribuimus... Le texte est assez incorrect. Il s'agit de prescription de 10 à 20 ans avec allusion à des orphelins mineurs et il est question d'*interciatio* qui se rattache bien plutôt à une procédure barbare.

Tel est le résidu de la législation romaine dans les textes de l'époque franque. C'est si bien cette théorie toute brute de la prescription par le possesseur de rente ans qui a toute la faveur, qu'après l'invasion, certaines lois barbares, plus romanisées que les autres, se rallient à cette posse-

sion de trente ans, par exemple la loi des Wisigoths L. X. T. II Ch. V. M.G. p. 285. Loi Burgonde Ch. 79 § 3 et 5 p. 104. Le § 3 vise la prescription acquise tive de trente ans et le § 5, un peu à la façon du texte de Clotaire II, vise la prescription extinctive de trente ans.

Tout cela nous conduit à cette conclusion que c'est bien là à quoi se réduit en pratique la doctrine romaine, quand les invasions ont été achevées et c'est ce qui s'en est conservé jusqu'à la Renaissance irnérienne qui devait ramener à la véritable doctrine de Justinien inconnue jusque là.

Les Germains, de leur côté, n'étaient pas sans avoir une institution destinée à jouer chez eux le rôle que jouait l'usucaption ou la prescription à Rome. Mais chez les Germains cette institution était de direction un peu différente. Le fondement de la doctrine romaine, ce qu'on invoque pour justifier le transfert de la propriété à l'usucapiens c'est la possession prolongée de celui-ci. Or cela supposait que la doctrine avait déjà su dégager de la propriété cet élément de la possession, puisque c'est sur la possession que se fonde le titre qui permet d'acquérir la propriété. Or les Germains, tout en pratiquant comme tout le monde la possession, n'avaient pas encore doctrinalement séparé la possession de la propriété. De sorte que ce n'est pas sur la possession que la prescription a pu s'établir. Ils ont abouti à un résultat pratique correspondant à celui des Romains, mais par un chemin inverse. Ils ont établi que toute contestation entre deux personnes s'éteindrait quand on tarderait trop longtemps à le faire valoir. C'est plutôt conforme à la doctrine de Théodore II. Les Germains ont établi un délai passé lequel toute contestation sur la propriété devrait être écartée. C'est le délai extinctif d'an et jour, moyen commode qui s'applique en toute matière et assure la paix en empêchant les querelles de se prolonger. Le domaine d'application de ce délai d'an et jour est beaucoup plus considérable que celui de l'usucaption. On le retrouve en toutes matières et en voici quelques exemples dès les premières législations barbares.

La Loi Salique dans un texte fameux "De Migrantibus", tit. 45, Ed. Behrend, pp. 91 et ss. dont l'interprétation est très délicate et offre beaucoup de difficultés en fournit une première application (Cf. Glasson, III, pp. 75 et ss.) Il s'agit dans le titre 45 d'une personne qui désire prendre la place d'une autre dans un bien situé sur le sol de la

Les Germains connaissent un délai au bout duquel on ne peut plus agir.

La loi Salique extinction du droit du vicus par son silence pendant un an.

villa. L'hypothèse embrasse peut-être tous les cas où ce changement de main peut se produire: aliénation volontaire ou prise de possession sans que le possesseur antérieur y ait consenti. La loi Salique déclare que, pour que le droit du nouvel arrivant soit consolidé, il faut qu'on ait obtenu le consentement au moins tacite de tous les vicini. Grande difficulté pour déterminer ceux qui rentrent dans cette catégorie. Cet assentiment sera réputé acquis dès que l'intéressé aura pu vivre ainsi un an sur la terre sans avoir été l'objet d'aucune protestation par un *vicinus* quelconque. Dès qu'un an s'est écoulé, ce *vicinus*, qui avait jusque là le droit de faire opposition à l'admission du nouveau venu perd son droit de réclamation § 3 " si vero quis migraverit et infra XII menses nullus testatus fuerit, securus sicut et alii vicini maneat". Celui qui fait ainsi *migratio*, (qui vient dans une villa où il était jusque là étranger) si aucun ne l'a assigné en justice pendant ce délai de douze mois, pourra rester en paix et en sécurité comme tous les autres *vicini*". Voilà un droit de contrôle du *vicinus* éteint par son silence pendant un an.

Cela n'empêche d'ailleurs nullement dans les rapports entre l'ancien propriétaire et celui qui prétend acquérir la propriété d'appliquer les délais romains d'acquisition, nécessaires au transfert de la propriété. En effet un Capitulaire mérovingien, Capitulaire VII, Ch. 9, Ed. Behrend, p. 162 "Capitulo de eo qui villam alterius occupaverit" y fait allusion. Des difficultés judiciaires se sont élevées dans le cas que le capitulaire tranche : "de hoc capitulo iudicaverunt ut nullus villam aut res alterius, magni gratia, per annos tenere vel possedere possit sed in quacumque die invasor illarum rerum interpellatus fuerit, aut easdem res quaerenti reddat, aut eas, si potest justa legem se defendendo sibi vindictet.

On a donc jugé que personne ne pourra prétendre tenir, posséder, acquérir pour propriété le terrain, la villa, la chose d'autrui par le délai d'une année. Ce délai qui fonctionne pour les vicini ne fonctionne donc pas entre les possesseurs et le propriétaire actuel. Mais à supposer que ce nouveau possesseur, *invasor*, ait été poursuivi par l'ancien propriétaire après ce délai d'un an qui le met à l'abri du *vicinus*, il devra ou bien abandonner la terre, puisqu'aux yeux de la loi romaine il ne l'a pas encore acquise, ou bien pour se défendre démon-

Rôle du délai
d'an et jour.

trer qu'il est propriétaire.

Voilà donc, dans la même hypothèse, le fonctionnement des deux institutions voisines l'une de l'autre mais qui ne se confondent pas, la franque et la romaine.

Son application
en matière
d'affatomie et
de contumace.

Le même délai d'un an se trouve mentionné par la Loi Salique à propos de l'affatomie, T. 46 p. 4. Cette institution supplée au testament par un transfert immédiat de la propriété à un ami qui après la mort de l'intéressé la transmettra au bénéficiaire auquel le testateur la destinait.

Le texte déclare que l'exécution de toute l'opération, c'est-à-dire la restitution de la chose au destinataire dernier après que l'exécuteur testamentaire l'a reçue dans cet esprit, doit avoir lieu dans l'année. Ici encore le délai d'an et jour intervient, au bout duquel le bénéficiaire perdrat le droit d'obtenir délivrance de la chose confiée à l'ami.

Ajoutons, au titre 27 § 19 le cas de cet arbre qui a été ou bien coupé et marqué, ou même simplement marqué. La marque a eu pour résultat l'appropriation de l'arbre au profit de celui qui l'a apposée. Mais si celui qui a mis la marque ne tire pas profit immédiatement de cette appropriation, au bout d'un an après le jour où la marque a été apposée, l'arbre retourne à son état naturel, revient à la disposition de tous et on ne pourra tirer de cette marque aucune action au profit de celui qui l'a apposée contre celui qui s'empare de l'arbre.

Enfin, autre hypothèse, ce délai d'an et jour fonctionne aussi dans le cas de contumace. La procédure barbare comprend une série de citations, de trois à quatre, quand le défendeur n'a répondu à aucune, on le considère comme contumace et son adversaire a le droit de faire mettre ses biens in bannum regis. De même, si c'est le roi qui a convoqué cet homme qui n'a pas répondu après la 4ème convocation il tombe in banno regis. Tous ses biens vont appartenir au roi. Mais pour que l'effet du bannum ou de la contumace soit définitif, il faut qu'il s'écoule un an après le jour de la mise en demeure. S'il reste une année sans venir réclamer son bien il ne peut plus rien demander: les biens dont le roi s'est emparé lui sont irrévocablement acquis. (Capitulaire de 803 ajouté à la Loi Ripuaire. Ch. VI Boretius p. 118. Cf. Capitulaire de 816 ajouté à la loi Ripuaire, Ch. V. Boretius p. 268.)

Voilà avec toute sa portée ce moyen des lois barbares pour mettre le fait d'accord avec le

Importance du délai d'an et jour au XV^e siècle.

Le délai d'an et jour dans Beaumanoir et les Coutumiers du XIII^e siècle.

droit. Ce délai d'an et jour que nous rencontrons, dès le début de la période barbare, semble dans la période obscure qui suit la décadence carolingienne avoir laissé peu de traces. Je n'en ai trouvé qu'une trace dans Thévenin N° II4, où, tout en parlant de l'usucaption romaine, on allègue contre un usurpateur que son usurpation ne remonte pas à un délai d'une année. C'est donc que si elle remontait à un délai d'un an cette usurpation serait justifiée et que le délai d'an et jour produirait son effet (année 898). Bien qu'on ne trouve pas de nombreux textes sur ce délai d'an et jour, il a dû être très pratiqué, puisque après cette période obscure, dès le XI^e siècle on le retrouve un peu partout dans le monde germanique, dans les Chartes des communes rédigées à cette époque (Cf. notamment ce que relève Champeaux, Etude sur la vestitura, pp. 393 et ss; Charte de Lorris p. I8: Tout habitant qui réside l'an et jour sans être poursuivi "deinceps liber et quietus permaneat". C'est donc l'extinction du servage par l'an et jour comme celle du retrait lignager ou dans d'autres cas l'établissement de la communauté taisible entre époux par l'expiration du même délai. En somme ce délai consolide en toute matière l'état de fait quel qu'il soit, il agit aussi bien pour éteindre un droit ou une obligation que pour faire acquérir un avantage qui n'a pas encore été juridiquement établi. Prou, N.R.H. Dr. I884, p. 352. Abbeville, art. 23; Amiens, art. 26; Nevers, Auxerre - Assises de Jérusalem.

Le délai d'an et jour que nous avons rencontré dans les lois barbares est moins fréquemment mentionné pendant la période immédiatement postérieure, c'est-à-dire jusqu'au XI^e-XII^e siècle. Puis au XII^e siècle, notamment dans les Chartes des Communes, il tient une place considérable. Beaumanoir en donne au moins cinq ou six exemples. D'abord à propos d'une poursuite exercée contre un sous-âgé à l'occasion d'une chose acquise par violence par son père, moins d'un an avant l'exercice de la poursuite. On admet que cette poursuite pourra être intentée pourvu qu'on soit encore dans l'année de la violence. N° 55I: "En aucun cas puet on pledier contre les sousagiés par nostre coutume, si comme se li peres du sousagié avoit aucune chose tolue ou esforcie dedens l'annee qu'il mourut et n'avoit pas esté en saisine de la chose an et jour, l'en en puet bien suir l'oir qui est sous aage, mes que ce soit avant

que la chose ait été tenue an et jour, le tans du pere et du fil durant. Mes se li ans et li jours est passés que li peres s'en mist en saisine, li oirs n'en respondra mes devant qu'il venra en son aage; ainçois demourra en saisine de la chose dusques a tant qu'il sera aagiés et que l'on pourra pledier a lui seur la propriete". Ce qui veut dire en somme que le réintégrande dure une année et peut utilement s'exercer même contre le sous-âge, malgré la suspension générale de toutes actions contre lui.

Un second cas est celui du retrait lignager, possible dans le même délai d'an et jour, n° 552.

De même encore toute poursuite de sous-âgé, même fondée sur la violence est écartée contre le majeur qui possède depuis plus d'un an. La revendication suspendue pourra être reprise après l'arrivée de la majorité, n° 553.

Le 4ème cas est celui du mineur devenant majeur. On l'autorise à poursuivre la révocation des actes accomplis durant sa minorité "son restablissemant" à condition que ce soit dans l'an et jour de sa majorité, n° 554.

Enfin la communauté de meuble se forme par an et jour, n° 626.

Ce délai d'an et jour se rencontre donc abondamment dans Beaumanoir, dans bien des hypothèses où la prescription n'est pas en cause. Et dans tout le XIII^e siècle, on peut faire la même constatation, par exemple dans Jostice et Plet, III. T. V. § 4 p. 110: Nous apelons vraie saisine quant aucuns remaint sési an et jour comme sires et par jostice, à le veue et à la seu de celui qui demender puet et ne veult demender, et se test" ou encore, Etablissements de Saint Louis, II p. 299, 303, 310, 311 ou Grand Coutumier, p. 277, 329 etc.. et Très Ancienne Coutume de Bretagne, n° 36, 38, 39.

Ceci montre la diffusion de ce délai du XII^e au XIV^e siècle. Mais il importe de s'y arrêter pour examiner sa nature. A cette époque on peut dire que ce délai est un délai extinctif et qu'il révèle ce caractère, même dans son application à l'acquisition de la propriété immobilière. Voici tout le mécanisme de cette opération. Le transfert de la propriété immobilière se réalise en principe par une vestitura publica, par une mise de l'acquéreur en possession de l'objet sous une forme solennelle. En principe la mise publique et solennelle en possession n'a un effet complet et immédiat qu'entre les parties et laisse subsister tous les droits sur le bien.

Le délai d'an et jour a un effet extinctif.

auxquels pourrait prétendre un autre que l'un des contractants. Tous ces droits ne disparaissent qu'après l'expiration d'un certain délai qui court depuis la mise en possession publique. Celle-ci n'a pour but que d'avertir les intéressés qu'ils aient à faire valoir leurs droits sur le bien dans le délai d'an et jour. L'expiration de ce délai sans qu'aucune réclamation soit intervenue de la part des tiers qui n'ont pas participé à la mise en possession met fin à toute action de leur part. L'acquisition devient parfaite et irrévocable vis-à-vis de tous I^o - par l'ensaisinement public et 2^o - par l'expiration du délai d'an et jour qui forcit ceux qui se prétendraient lésés.

La nature du délai est donc bien extinctive, puisqu'il ne sert qu'à mettre fin aux réclamations, l'acquisition étant en principe le résultat de la mise en possession publique.

Fondement de
ce délai sur
la négligence
présumée.

Les conditions du fonctionnement du délai sont d'accord avec ce caractère. Le point de départ du délai doit être un acte public qui n'a de valeur pour les intéressés qu'autant qu'ils ont pu le connaître, puisque l'extinction de leur droit repose sur la présomption qu'ils ont commis une négligence ayant été avertis, connaissant dûment qu'ils devaient manifester leur prétention et étant restés muets. En s'appuyant sur ce raisonnement on estime que l'effet extinctif ne se produira pas contre ceux qui ont été empêchés d'agir en justice durant l'an et jour ou ne peuvent pas avoir eu connaissance de l'acte public. C'est la vieille maxime que "contra non valentem agere non currit prescriptio". C'est la règle applicable en matière de délai d'an et jour. La Summa de Legibus du Grand Coutumier de Normandie, Ch. 98, § 5, contient un passage capital déclarant que le délai d'an et jour ne court pas contre ceux qui sont en pèlerinage à Jérusalem ou à Saint Jacques de Compostelle, ou en voyage, ou en commerce hors de Normandie. Le délai est écarté également dans ce cas par les Assises de Jérusalem, cf. Histoire de Guillaume de Tyr dans la Collection des Historiens des Croisades, I. Ch. I5; l'auteur déclare que la prescription, le délai d'an et jour, ne fonctionne pas contre ceux qui sont en prison ou sont occupés à une besogne pour laquelle ils avaient reçu une semonce, ou contre ceux qui ont obtenu une essoine (excuse de ne pas se rendre au tribunal). Il en est de même en Bretagne au profit de ceux qui n'assistent pas aux bannies, ou qui sont incapables,

femmes mariées, veuves ou mineurs.

Voilà la première conséquence qui résulte du caractère extinctif du délai. En voici une autre: l'extinction par l'expiration du délai des droits qui portent sur un objet , est générale et s'applique à toutes les prétentions qu'on pourrait avoir sur lui au jour de la saisine publique par exemple même le douaire de la femme ne pourra se réclamer sur ce bien ou la faculté de retrait, ou les servitudes s'exercer si le délai d'an et jour est passé: il n'y aurait lieu de faire échapper à cette extinction générale de tous droits sur la chose que les droits imprescriptibles, comme le droit de seigneurie.

Il dispense
le possesseur
de fournir
garant.

En fait l'effet pratique du délai est, aux yeux de la procédure, de dispenser le possesseur actuel qu'on voudrait attaquer de l'obligation de se défendre, c'est-à-dire notamment d'indiquer la cause de la possession et de fournir garant, ce à quoi est obligé celui qu'on attaque en revendication.

Toutefois, s'il n'est pas forcé de fournir garant, il n'est pas affranchi de l'obligation de prêter serment pour affirmer son droit. Le serment n'est qu'un moyen de confirmer l'affirmation qu'il est toujours tenu de faire de son droit.

Transforma-
tion du délai
d'an et jour en
délai acquisi-
tif.

Telle est la doctrine origininaire de ce délai. Mais elle se modifia par la suite et le délai d'an et jour d'abord extinctif se transforma en un délai acquisitif bien plus proche de l'ancienne usucaption romaine. Le délai d'an et jour faisait , suivant quelques textes, acquérir la saisine. Dans Beau-manoir on trouve déjà cet aspect du délai d'an et jour. Déjà alors le caractère acquisitif du délai d'an et jour commence à se former. N° 685: "usages de an et jour pesiblement soufist a aquerre saisine si come qant aucuns a une terre labouree- ou une vigne ou autre eritage,- et despoillie pesiblement. I. an et I. jour, et aucun vient qui li empeeche, li sire li doit oster l'empeechement, s'il en est requis , et tenir celi en sa saisine dusques a tant qu'il pert par plet ordené la propriété de l'eritage". Même solution dans le Grand Coutumier de Charles VI L. II ch. 19 p. 231, où il est question du délai d'an et jour dans cette nouvelle fonction ."Et qui-conque a une chose par an et par jour ainsi tenue et occupée, il acquiert saisine d'icelle, tellement que si, depuis ce, il appert aucun opposant ou empêchant, icelluy possident peult dedans l'an et jour après l'opposition faite, ou empêchement mys en ou pour la diete chose, intenter libelle d'interdit de

La tradition privée est insuffisante à faire acquérir la saisine. Ce délai remplace l'ancienne acquisition publique de la saisine.

possession" Il y a ici un curieux mélange de droit romain et d'institution germanique. Le délai d'an et jour donne droit à une action possessoire. Il n'a donc plus tout à fait le même caractère que le délai que je signalais plus haut.

Comment s'est faite cette transformation?

Originaiement ce qui faisait acquérir la saisine c'était la cérémonie publique qui livrait l'immeuble à l'acquéreur. Le délai d'an et jour n'avait plus qu'à aplatiser par sa simple durée, tous les obstacles qui se seraient opposés à la réalisation du droit. Le délai n'avait plus pour effet que de force le réclamations élevées à ce propos. Peu à peu la cérémonie publique qui était à l'origine de la prise de possession tomba en désuétude. On ne pratiqua, comme à Rome, plus que la simple tradition naturelle et privée, sans intervention de l'autorité publique. L'effet translatif de l'acte ne pouvait donc plus trouver son fondement dans l'acte public. La tradition était insuffisante, comme d'ordre privé, et on crut nécessaire d'appuyer cet effet translatif insuffisant sur une certaine durée de la possession après qu'on s'en était saisi, sur la publicité que cette persistance de la possession entraînait.

Le délai d'an et jour joint à la possession prolongée fut placé sur le même plan logique que la prescription romaine, de sorte que cette acquisition germanique originaiement si différente de la tradition fut entraînée par la décadence de sa publicité dans l'axe des idées romaines.

Ceci est si vrai que si certaines coutumes se contentent encore du délai d'un an pour l'acquisition de la propriété (Beaumanoir n° 685 parle de cet usage d'an et jour. Justice et Plet III. 5.4. - P. Desfontaines ch. XVII. § II). Il y eut au contraire d'autres coutumes qui, à l'imitation du droit romain exigèrent un délai plus long pour obtenir ce résultat, lequel délai il fallait ajouter au délai primordial d'an et jour. Ce délai supplémentaire était variable de cinq ans dans l'Anjou, le Maine, la Touraine ou le ténement de cinq ans a duré jusqu'au code civil; dans d'autres régions on alla jusqu'à 10, 20, 30 ans qu'on n'hésita pas à emprunter au droit romain. La pratique du délai d'an et jour acquisitif fraya ainsi la voie aux errements romains: Chauny art. 35, Péronne art. 265; Reims art. 168, Vermandois art. 226. On poussa même parfois le raisonnement et l'enchevêtrement dans toutes ces institutions plus loin.

Coutumes qui exigent un délai plus long.

Le délai extinctif d'an et jour est parfois ajouté au délai de 10 ans remplaçant le caractère public de la saisine.

encore. A défaut d'ensaisinement public on pouvait se contenter pour y équivaloir parfois d'un délai de dix ans comme le dit Loysel: "jouissance de dix ans vaut saisine". Plus subtilement on fait observer qu'au contraire pour que le transfert fut complètement accompli après la saisine publique il fallait accorder aux tiers un délai extinctif d'un an. Ce délai s'ajoutait à la mise publique en possession, mais ne pouvait pas se confondre avec un autre délai destiné à suppléer au défaut de saisine publique, maintenant que la seule saisine pratiquée avait pris figure de saisine privée. Il fallait donc ajouter à l'ancien délai d'an et jour toujours nécessaire un autre délai équipollant à la saisine publique. Le premier suppléait à la saisine publique et le second n'était autre chose que l'ancien délai remontant aux erremens barbares antérieurs. Cf. art. 226 de Vermandois: Si l'acheteur jouit par dix ans du dit héritage, sans être vestu et mis en possession par le dit seigneur au justice foncière, l'an et jour du retrait se doit compter après les dix ans finis, comme étant la dite jouissance et possession de dix ans équipollant à vesture.

Voilà bien la différence que je présentais tout à l'heure. Le délai de dix ans remplace le caractère public de la saisine et on y ajoute le délai extinctif d'an et jour. Dans ce sens (Cf. Péronne art. 240). Parfois même on additionne les deux délais qui aboutissent à un total singulier au premier abord: II, 2I; 3I ans, cela tient à ce cumul des deux délais qui avaient originairement chacun une fonction différente. Charte de Hainaut Ch. 107 art. I. Ponthieu et Vimeu T. XII Champeaux op. cit.

Voilà comment ce délai d'an et jour d'extinctif devint acquisitif.

Ce changement qui se produisit dans sa nature entraîna une modification dans sa fonction et altéra toute son évolution.

Sous son nouvel aspect, le délai d'an et jour acquisitif aurait dû faire acquérir la propriété comme l'usucaption romaine. Mais c'était bien peu d'un an pour obtenir pareil résultat, surtout dans un pays où depuis le XIII^e siècle par l'effet du commerce rétabli entre les diverses régions, les voyages s'étaient faits plus fréquents et les horizons plus lointains. Aussi vit-on souvent la coutume de son propre mouvement allonger le délai nécessaire et pour l'accroître s'adresser aux anciens usages romains. Si bien que le délai acquisitif limité à l'an et jour, dans son application à la propriété, tomba en désuétude et fut jugé insuffisant à remplir le

Désuétude du délai d'an et jour quant à l'acquisition de la propriété.

rôle qu'il avait rempli jusque là. De sorte que en tant qu'il s'appliquait à l'acquisition de la propriété ce délai ancien disparut; aux trois derniers siècles de notre ancien droit aucun des auteurs qui ont traité de la prescription n'en parle plus. Aucun ne signale même son nom. On croirait dans ces ouvrages que le délai d'an et jour n'a jamais joué aucun rôle dans l'acquisition de la propriété. (Dunod sur la prescription, Pothier). C'est en vain qu'on y chercherait mention du délai d'an et jour comme délai faisant acquérir la propriété par prescription.

Mais, par contre, le délai d'an et jour eut en quelque sorte sa revanche sur un autre domaine. Un an était bien court pour acquérir la propriété, mais il se trouvait qu'au moment même où se développait ce caractère acquisitif du délai d'an et jour, depuis le XIII^e siècle, à l'imitation du droit romain on s'était mis à distinguer la propriété et la possession. On avait alors élaboré tout un mode de protection de la possession, spécial à celle-ci, comme à Rome les interdits. Tout le mécanisme de cette sorte de propriété secondaire, provisoire, fragile qu'était la possession, fut emprunté aux traditions de la propriété germanique. Si bien qu'à cette époque, quand on organisa la propriété et possession, on confondit possession et saisine, saisine étant le terme qui désignait la propriété germanique. On donna même à cette possession saisine une assiette plus résistante que celle de l'ancienne possession romaine; elle constitua comme un degré intermédiaire entre la propriété romaine très solide et la possession romaine parfois très précaire. On protégea donc fortement la possession saisine mais on exigea qu'une courte durée la rendît déjà respectable. La possession de la veille ne sembla pas mériter pareille protection et ce délai d'an et jour d'origine germanique, insuffisant dès le XIII^e siècle pour faire acquérir la propriété, parut tout à fait apte à légitimer la possession. Alors que ce délai d'an et jour va disparaître en tant que mode d'acquisition de la propriété et cédera la place à l'institution de l'usucaption romaine, ce délai en vint à avoir pour fonction particulière de protéger et de faire acquérir la possession. Lorsque ce délai eut été mis en face de cette nouvelle fonction et s'en fut investi il s'éloigna graduellement de la prétention originale qu'il avait eue. Ce délai d'an et jour nous le retrouverons plus tard en étudiant la possession. Il n'est dès lors pas étonnant que dans nos auteurs qui

Son applica-
tion en ma-
tière d'ac-
quisition
de la pos-
session.

ont écrit sur la propriété aux XVII^e et XVIII^e siècles on n'en trouvé plus trace, il faut le chercher dans la théorie de la possession.

Il serait bien surprenant que cette transformation se fût accomplie sans laisser quelque trace. Dans quelques coutumes, l'an et jour, insuffisant pour la propriété, s'accrut pour conserver son ancienne fonction d'un délai plus long emprunté parfois au droit romain. Il arriva alors que cette prescription hâtarde, qui venait foncièrement de Germanie, et avait été chercher son accroissement en droit romain, conservât jusqu'au bout de son existence quelques traits qui lui venaient de l'ancien délai d'an et jour.

Je citerai à cette occasion l'usage qu'on rencontre (Anjou, Maine, Tours, Landernois) du tènement de cinq ans. En cas d'aliénation d'un immeuble grevé de rente ou d'hypothèque non déclarées au jour de l'acquisition de l'immeuble et dont l'acquéreur n'a pas eu connaissance, si un délai de cinq ans s'écoule après l'acquisition et si pendant ce délai l'acquéreur jouit de bonne foi de la liberté de son fonds, la coutume lui fait acquérir sa libération. C'est là l'application précise de cette institution qu'on appelle le tènement de cinq ans. Cette prescription mérite-t-elle le nom de prescription acquisitive ou de prescription extinctive? On serait embarrassé de le dire. L'acquéreur est au bout de cinq ans exempt et libéré de toute espèce de charge. Cf. Pothier n° 207 de la Prescription p. 140. Il faut bien reconnaître que pour qu'il s'agisse d'une vraie prescription acquisitive il faudrait constater une marque d'activité chez le bénéficiaire. Or l'acquéreur n'a opposé aucune contradiction aux charges qui le grevaient, ou du moins aucune protestation par lui n'est jugée nécessaire; il s'est borné à ne rien dire et pourtant on en parle comme si le possesseur acquérait la charge et la confondait dans sa propriété. De là le caractère ambigu de cette institution: En réalité il y a là simplement un souvenir du temps où fonctionnait l'an et jour; depuis l'an et jour écoulé l'essai-sinément avait purgé l'immeuble de toutes les charges foncières sans qu'on ait exigé du propriétaire aucune manifestation extérieure. La doctrine du tènement de cinq ans n'est que le souvenir de l'ancien délai d'an et jour: il éteint toutes les charges sous la seule réserve des rentes féodales et foncières originaires.

Voilà le sort des traditions germaniques dans notre ancien droit français de l'usucaption.

Reste, pour terminer cette histoire à expliquer ce qu'il est advenu des traditions romaines de l'usuipation.

Reste à dégager le sort qu'ont eu chez nous les traditions romaines. Relativement à ces origines romaines nous avons déjà vu leur effet pendant la période qui suit immédiatement les Invasions. Nous avons signalé que pendant cette période il n'a guère survécu des différentes variétés de prescription du droit romain que celle qui comporte une durée de 30 ans sans aucune autre condition. Le droit romain au contraire, bien plus nuancé, distinguait la prescription acquisitive de 10 à 20 ans celle de 30 ans et même la prescription extinctive de la revendication de 30 ans en y ajoutant la prescription de 40 ans au profit de certains propriétaires comme l'Eglise qu'on voulait favoriser.

La prescription de dix à vingt ans est inconnue dans le Midi avant la renaissance irénérienne.

Le Petrus qui exige la bonne foi de l'aliénateur.

La prescription de 10 à 20 ans n'a guère reparu même au Midi avant les XII^e et XIII^e siècles. Pour le Midi je puis signaler que dans les Cartulaires d'Aniane et de Gellone, dont les textes remontent à la période antérieure à la renaissance irénérienne, on ne trouve pas trace de cette prescription de 10 à 20 ans (Gellone p. 445, lig. 23 - p. 457. lig. 2 - 458 lig. 16, 20, 26-) Dans ces trois textes la prescription dont il s'agit est celle de 33 ans sans qu'on voie d'où ces 3 ans peuvent venir. Aniane p. 94 lig. 26. - II 6. Lig. 2 I 28. lig. 20 - I 29 lig. I 7. Quelques uns de ces textes sont relatifs à la prescription de 40 ans. Parmi les rares textes doctrinaux il faut ne pas oublier les Exceptiones Petri du XI^e siècle, rédigées probablement en Provence, ou à Valence, peut-être en Italie, L. III. Ch. IO. de possesione rei immobilis, Ed. Savigny dans son Histoire du Droit Romain, texte allemand T. II. P. 349. L'auteur signale la prescription de 10 à 20 ans et indique même ses conditions de juste titre et de bonne foi; cependant il exige, pour son application, non pas seulement la bonne foi de l'acquéreur, ce qui est la règle, mais aussi la bonne foi de l'aliénateur, ce qui en limite beaucoup la portée. Aujourd'hui dans tout le cours de la prescription de 10 à 20 ans on admet comme valable la prescription de l'acquéreur qui tient d'un aliénateur de mauvaise foi. Dans le Petrus, la bonne foi de l'aliénateur cesse d'être nécessaire seulement si le vrai propriétaire a eu connaissance de l'usurpation commise contre lui et s'est abstenue de protester. Cette disposition

montre comment dans le Petrus la prescription de 10 à 20 ans n'est pas bien exactement comprise. Cette intervention du véritable propriétaire, cette exigence qu'il ait connaissance de l'usurpation de son droit et par conséquent qu'il ait négligé de le sauvegarder nous ramène bien plutôt vers la prescription extinctive de la revendication.

La prescription de 10 à 20 ans paraît donc ou inconnue ou mal comprise dans le Midi avant la renaissance ibérique. Dans le reste du pays nous ne possédons rien avant les documents du XIII^e siècle. Mais l'horizon s'éclaircit avec Beaumanoir. Il distingue nettement les différentes prescriptions immobilières comme en droit romain. Trois textes de Beaumanoir montrent combien la connaissance de Beaumanoir sur ce point est complète. Au titre des Coutumes et Usages Ch. 24, n° 685 p. 347 il est question d'abord de l'usage d'an et jour dont nous avons parlé précédemment. Au n° 686, il en vient aux modes romains et décrit l'usage de 10 ans qui fait acquérir "propriété et saisine" pourvu que la possession ait un caractère paisible et public. " La seconde maniere d'usage si est de tenir l'eritage par .X. ans pesiblement a la veue et a la seu de ceux qui l'empeechement i veulent metre. Teus maniere d'usage vaut a aquerre propriete et saisine de l'eritage, mes que l'en mete &veques l'usage cause soufisant dont l'eritages vint comme d'achat, ou de don, ou de lais, ou d'eschoite, ou de succession, et avec ce que l'en le tiegne de seigneur par aucune redevance que l'en en doit". Beaumanoir connaît bien cette prescription, puisque, après avoir parlé de la possession qu'elle exige, il ajoute qu'elle doit être soutenue par une cause d'acquisition comme vente, legs. Mais il n'est question ici que de juste titre et non pas de bonne foi et il n'est question que de la possession de 10 ans sans que Beaumanoir fasse allusion à la possibilité d'une prescription de 20 ans si les parties habitent dans des provinces différentes. Au N° 687 enfin il relate la prescription de 30 ans qui n'exige aucune cause d'acquisition, mais seulement une possession non précaire, c'est-à-dire une possession que le possesseur exerce pour lui-même et non pas pour le compte d'autrui: "La tierce maniere d'usage si est de .XXX. ans, car cil qui puet dire qu'il a tenu la chose. XXX. ans pesiblement, n'est tenus a alliguer la cause dont ce li vient; aincois li vaut sa teneure sans nule autre reson metre avant, essieuté ce qui est tenu en douaire ou à vie, ou a ferme, ou par engagement..." Ceci vise bien la possession précaire.

Beaumanoir connaît les différentes prescriptions immobilières du droit romain.

Voilà ce que contient Beaumanoir sur ce sujet. Il y a en somme l'essentiel de la doctrine romaine.

Au XIII^e siècle, c'est chez Beaumanoir que l'on trouve l'allusion la plus ferme à la doctrine romaine. P. Desfontaines n'en parle pas. Les Etablissements de Saint Louis semblent bien faire allusion à quelque chose de voisin et au délai de 10 à 20 ans (Etab. de Saint Louis L. II Ch. 31 Tome II Ed. Viallet . P. 433). Mais cette invocation du délai de 10 à 20 ans a lieu non pas à propos d'une prescription immobilière, mais à propos d'une sorte de possession d'état qui fait acquérir au roi des justiciables. Enfin Jostice et Plet L. XVI. T. 2 §§ I-3 se borne à mentionner la prescription "Quant aucuns demande choses de patrimoine si comme chose qui ne meuent pas". La longue possession suffit à écarter l'action en revendication, il suffit qu'elle ait durée de 7 à 10 ans (D'où vient ce chiffre de 7 ans?) sans qu'on demande aucune condition d'exercice... Le livre de Jostice est donc bien moins renseigné que Beaumanoir sur cette matière. Au XIII^e siècle, la prescription de 10 à 20 ans n'est donc encore ni bien répandue, ni universellement réglementée chez nous. Au XIV^e siècle, la doctrine s'affirme dans Bouteillier, Somme Rurale I. 47.p. 573. où la possession de 10 à 20 ans avec bonne foi et juste titre est correctement exposée et au Grand Coutumier L. II. Ch. 8 . tout entier consacré à la prescription. Il y a, entre les différents manuscrits, de ce passage, quelques divergences de texte peu considérables du reste "Prescription et usucaption n'est autre chose que de longueur de temps en héritage. Et est assavoir que l'on dit prescription es chose immeubles ce que l'en diten meubles usucaption. Qui a juste titre et est possesseur de bonne foy d'aucun heritage il acquiert prescription de dix ans entre presens assés et non privilégés. Et de vingt ans entre absents, de trente ans contre le Roy et XL ans contre l'Eglise, et contre l'Eglise de Romme à cent ans." Ici donc il n'y manque à proprement parler rien du tout. L'immeuble ainsi acquis est réputé libéré de tous les droits qui pouvaient l'avoir grevé "Heritage ainsi possédé est acquitté de toute charge et mesmement de l'hypothèque, mais non mie de chief cens ou fond de terre en quoy l'en ne peult prêrir contre le seigneur". On n'admet pas la prescription du bien seigneurial et du chef cens, mais pour tout le reste la prescription acquisitive

Le Livre de
Jostice et
de Plet

Le Grand
Coutumier.

de 10 à 20 ans fait tomber tous les droits qui pouvaient avoir existé sur la chose. C'est là un point qui rapproche cette prescription de 10 à 20 ans du délai d'an et jour.

Voilà ce que l'on rencontre dans les documents de cette époque. C'est depuis cette période des XIII^e, XIV^e, XV^e siècles que la prescription romaine de 10 à 20 ans s'est installée chez nous et a lutté contre le délai d'an et jour qu'elle va ravalier au rang de prescription ne faisant acquérir que la saisine. Aux XIII^e et XIV^e siècles, les prescriptions de ces deux origines luttent encore l'une contre l'autre, sans qu'on sache celle qui triomphera. Cette lutte a laissé quelque trace dans les documents pratiques: un arrêt assez curieux de 1268 des Olim (Ed. Beugnot T. I p. 748 n° 22). Le Doyen et le chapitre de Saint Martin de Tours avaient triomphé d'un certain Ardoquin de Mailhac en se fondant sur leur possession de 10 ans antérieure à celle d'Ardoquin. Le procès recommence et Ardoquin allègue à son profit en face de la possession de 10 ans de son adversaire, une possession plus récente d'an et jour à son profit. La Cour donne raison au doyen et au chapitre. C'est un exemple de la lutte qui se poursuit encore et de l'importance que prend la prescription de 10 à 20 ans.

Conflit entre la prescription romaine de dix à vingt ans et le délai d'an et jour.

La doctrine canonique de la prescription.

Son expression dans le Décret de Gratien.

Un autre élément intervient dans la lutte: la doctrine romaine obtient le secours du droit canon. L'Eglise commençait à prendre dans le monde judiciaire une grande autorité et les Ecoles où on enseignait le droit romain voisinaient, au moins en Italie, avec celles qui enseignaient le droit canon. Dès Gratien, la notion de prescription acquisitive de 10 à 20 ans trouve sa place dans les textes canoniques. Décret II^e Partie C. I6 Q. III.can 16, canon placuit. Il relate toute l'organisation de la prescription, celle de 10 à 20 ans avec juste titre et bonne foi, celle de 30 ans sans juste titre. Les deux éléments nécessaires à la prescription de X à XX ans, en particulier la bonne foi, sont dans Gratien considérés sous le même aspect qu'à Rome: la bonne foi n'est exigée de celui qui prescrit qu'au jour de son entrée en possession: "Mala fides superveniens non nocet". Enfin, comme on aime déjà les distinctions scolastiques, le texte dégage deux sortes de prescription, d'abord celle accordée odio petitis, c'est-à-dire la prescription extinctive, infligée comme peine de la négligence de celui qui est investi d'une action et n'en a pas usé, puis la prescription odio petitis et favore possidentis: qui punit

bien aussi celui qui a été négligent mais veut accorder une faveur à celui qui possède la chose et lui a donné ses soins. C'est la forme scolaistique donnée aux deux possessions. Le canon est extrait d'un Concile d'Afrique et il y a quelques difficultés sur l'origine du passage qui contient cette distinction (Cf. Rufini: la buona fede in materie di prescrizione). Certains canonistes, aussitôt après le décret de Gratien, ne connaissaient pas encore la distinction scolaistique odio petentis et favore possidentis (Papacaplea et Rolandus Bandinelli). Cette matière de la bonne foi touchait bien trop à la vie morale populaire pour ne pas faire l'objet d'une élaboration attentive de la part des canonistes.

Après que Gratien eut inséré au Décret le passage purement romaniste cité plus haut, l'Eglise ne s'en tint pas longtemps à la doctrine romaine qu'elle avait d'abord acceptée. Trois textes nouveaux constituent la base de cette histoire: deux décrétales de Grégoire IX consacrent le changement de doctrine: la première L.II.T. 26 de Praescrip. C. 5 ou "vigilanti"; la seconde est le dernier canon au même titre, le canon "quoniam". Ces deux textes sont deux décrétales d'Alexandre III. On a contesté l'authenticité du canon "vigilanti" mais elle paraît probable. En tous cas l'essentiel de la doctrine canonique se trouve aussi bien dans le canon "Quoniam" qui n'offre aucune difficulté de ce genre. Enfin le troisième texte est inséré au Sexte de Boniface VIII du XIV^e siècle; Sexte L. V. Tit. I3 canon 2 "possessor" malae fidei nullo tempore praescribit".

La doctrine canonique contenue dans ces trois textes se résume dans les propositions suivantes:

1° - Il n'y a pas de prescription possible sans bonne foi. C'est le point que je signalais tout à l'heure sous le canon du Sexte. Même par 30 ans on n'arrive pas à prescrire quand on n'a pas la bonne foi. -

2° - La bonne foi doit exister pendant toute la durée de la prescription et pas seulement à l'entrée en possession comme à Rome: si quelqu'un a acquis de bonne foi un bien qui ne lui appartient pas et si avant que la prescription soit acquise il a appris qu'il n'était pas propriétaire, il ne peut plus achever de prescrire; il doit rendre le bien; s'il le garde la prescription ne courra plus à son profit. C'est là la grande différence entre les doctrines canonique et romaine.

Les Décretales et le Sexte.

Nécessité de la bonne foi.

Pendant toute la durée de la prescription.

Ratione peccati.

3°- Ces règles que je viens d'énoncer s'imposent non seulement en droit canonique mais même, par ordre de l'Eglise, en droit laïque parce que leur mépris entraînerait un peccatum et que l'Eglise a droit d'intervenir dans la législation séculière pour éviter un peccatum à un de ses sujets.

Il y a mieux: si du texte même des Décrétales vous allez à la glose de ces décrétales et notamment à la glose du Canon Vigilanti, vous verrez que l'Eglise fut entraînée par le point de vue moral, auquel elle s'attachait, bien plus loin encore: la glose se demandait si, à supposer que le possesseur vint à découvrir que l'immeuble appartenait à autrui alors que déjà la prescription avait couru pendant assez longtemps à son profit pour faire acquérir la propriété, c'est-à-dire plus de 10 à 20 ans de possession, si néanmoins celui qui avait déjà acquis ne devait pas restituer la chose sous peine de péché, parce que l'évènement montrait que la chose n'était pas à lui. La prescription ne serait plus fondée que sur une présomption de propriété et disparaîtrait par la preuve contraire. C'est la conséquence extrême de ce penchant de l'Eglise à exiger la persistance de la bonne foi pendant toute la prescription. Il n'y avait pas de bonne raison de ne pas l'exiger même quand la prescription était acquise. Ce qui arrivait à supprimer toute espèce de prescription vis-à-vis de celui qui ne se maintenait pas éternellement de bonne foi. Cette question est posée dans la glose et discutée. S'il y a une doctrine qui veut que celui qui possède le bien d'autrui l'acquièrt par prescription et devient plus tard de mauvaise foi soit obligé de restituer, une autre doctrine prétendait pourtant que l'écoulement du délai de la prescription pendant la durée de la bonne foi de l'intéressé le transformait en propriétaire et le dispensait de restituer. Bon nombre de canonistes étaient pour la solution la plus rigoureuse. Tout ce-ci fait bien saisir à quel point cette théorie canonique de la prescription et de la bonne foi est plus sévère que la doctrine romaine. A quelque moment qu'on apprenne que la chose dont on est saisi appartenait à autrui, l'honnêteté exige qu'on la restitu. C'est certain. Mais les Romains estimaien qu'il ne faut pas demander aux gens de pousser l'honnêteté jusqu'à l'héroïsme et se contentaient d'une bonne foi initiale.

La doctrine canonique, si elle se rapprochait sur bien des points de la doctrine romaine et consentait à faire les distinctions élaborées par

La doctrine canonique est reçue en France malgré quelques résistances.

la doctrine romaine, est donc différente de celle-ci au point de vue de l'appréciation de la bonne foi. Elle eut quelque peine à se faire accepter partout. Au XIV^e siècle, Bartole admet l'autorité du point de vue canonique même en droit laïque; il soumet sur ce point la loi civile à la loi canonique, parce qu'en ne s'y soumettant pas on commettrait un péché "juri canonico est standum quia tangit peccatum". Commentaire de Bartole sur la loi Generaliter au Dig. de Usurp. et Usucap. L. 4I T. 3 Loi 5). Mais s'il acceptait ici la doctrine canonique, un autre romaniste, Baldus, qui n'a pas la même notoriété que Bartole mais qui avait cependant une grande autorité nous dit que, en fait, la doctrine canonique n'est pas observée "de facto non servatur" parce qu'elle exige des hommes une perfection à laquelle ils ne peuvent tous arriver. L'Italie retourne peu à peu au Droit romain. En France, où il y a de très grandes accointances entre nos premiers romanistes français et les canonistes (nos romanistes sont ordinairement des hommes d'Eglise) à l'instar de Bartole on incline au respect des Décretales; la doctrine canonique l'emporta. Grand Coutumier p. 199" possesseur de male foi ne prescrit ne usucapit en nul temps pour le vice de male foi". La doctrine française semble dès cette époque unanime à se rallier à la théorie canonique et ce ralliement ne se démentit en aucune façon chez nous jusqu'à la fin de l'Ancien Droit. Cependant sur le cas où la connaissance de la mauvaise foi intervient après que la prescription a déjà fait son office, notre doctrine n'alla pas jusqu'à exiger du possesseur la restitution. Après l'acquisition par prescription, la mauvaise foi survenant ne peut plus nuire. Cf. Pothier, Prescription P. I.Ch.II. a.I. in fine N° 34.35 p. 171-172. "Par le droit romain il suffisait que le possesseur eut au commencement de sa possession la bonne foi qui est requise pour la prescription; la connaissance qui lui survenait depuis, que la chose ne lui appartenait pas, n'empêchait pas que le temps de la prescription ne continuât de courir à son profit, et ne la lui fit acquérir lorsqu'il était accompli. D. 4I, I, d. acq. res. dom. 48.I.

Son expression dans Pothier.

Nous avons dans notre droit français, abandonné sur ce point le droit romain, et embrassé la disposition du droit canonique, qui exige la bonne foi pendant tout le temps qui est requis pour la prescription.

Cette disposition du droit canonique es-

très équitable.

Pour la connaissance qui survient au possesseur avant qu'il ait accompli le temps de la prescription que la chose, qu'il avait commencé de bonne foi à prescrire, ne lui appartient pas, il contracte l'obligation de la rendre; laquelle obligation naît du précepte de la loi naturelle, qui défend de retenir le bien d'autrui. Cette obligation étant une fois contractée, dure toujours jusqu'à ce qu'elle soit acquittée, et résiste à la prescription: elle passe aux héritiers de ce possesseur et elle empêche pareillement que ses héritiers ne puissent prescrire..

Voilà la grosse modification que notre Moyen-Age a connue quant à la doctrine romaine. Sur le reste on accepte toutes les règles romaines, notamment la règle sur la continuation et la jonction des possessions. Toute la lutte que nous avons relatée entre la prescription romaine et les tendances de la doctrine canonique est achevée chez nous au XVI^e siècle. La rédaction des coutumes vint fixer un état de choses qui s'est maintenu jusqu'à la fin de l'Ancien Droit.

A cette époque on constate que les coutumes distinguent elles aussi deux sortes de prescription acquisitive: 1^o- la prescription de 10 à 20 ans et 2^o- la prescription de 30 ans. Cf. Coutume de Paris 2^{ème} rédaction art. II3: prescription de 10 à 20 ans; art. II8: prescription de 30 ans. Ce ne sont pas les seuls articles qui aient trait à la prescription. La règle générale est donc que les Coutumes admettent la double prescription de 10 à 20 ans et celle de 30 ans.. Cependant quelques-unes en sont restées à l'état original et ne connaissent que la prescription de 30 ans et ignorent toujours celle de 10 à 20 ans (Orléans, art. 260 et 261).

Coutume de Paris. a. II3 à I28. Ce titre de la Coutume de Paris, il convient d'abord d'en élaguer un assez grand nombre de dispositions qui n'ont pas grand intérêt au point de vue doctrinal. Les derniers articles ont trait à quelques courtes prescriptions, d'un an ou de six mois, prescriptions extinctives de dettes jugées peu favorables ou qu'il convient de faire payer tout de suite. Art. I28 refuse l'action au tavernier et cabarettier pour ce qui a été consommé en leurs maisons, art. I26.I25.I27: refus d'action à tout marchand grossiste et au-delà de six mois à tout détaillant; et au delà d'un an à tout médecin, chirurgien, apothicaire.

Puis dans une deuxième catégorie, les

Les Coutumes
admettent les
deux sortes
de prescrip-
tion .

Le titre de
la prescrip-
tion dans la
coutume de
Paris.

Prescrip-
tions extinc-
tives.

art. I23-I24 traitent de la prescription du cens seigneurial, qui est en principe imprescriptible au profit du censitaire. Cette imprescriptibilité existe, à supposer même que l'absence de paiement par le censitaire remonte à cent ans. A toute époque le seigneur peut rappeler son droit à une redevance. Par contre le cens seigneurial considéré comme un objet de possession peut fort bien être acquis par un autre seigneur si celui-ci le perçoit à tort pendant un certain temps (30 ans quand le débouillé est un particulier et 40 ans quand on usucape contre l'Eglise).

Une troisième masse de textes comprend les dispositions en matière de rachat de rentes. Les rentes sont en effet parfois susceptibles d'être rachetées. C'est le cas des rentes constituées. Cette faculté peut s'éteindre quand le débirentier n'en a pas usé pendant un certain temps. Les art. II9.I20. I21.I22 font une distinction: la faculté de rachat est en principe imprescriptible, quand le rachat est dans la nature de la rente (rente constituée à prix d'argent, art. II9: "Faculté de racheter rentes constitués à prix d'argent, ne se peut prescrire par quelques laps de temps que ce soit; ains sont telles rentes rachetables à toujoturs , encore qu'il y ait cent ans".

On assimile aux rentes constituées les rentes assises sur des maisons de la ville ou faubourg de Paris. Art. I20. I21. Ces rentes ont été l'objet de dispositions nombreuses depuis le XV^e siècle.

Si, au contraire, il s'agit de rentes foncières, le résultat est assez différent. Ces rentes, il faut supposer qu'elles ont été concédées de telle manière que conventionnellement on a accordé au débiteur une faculté de rachat qui n'est pas dans la nature du droit de rente foncière. Cette faculté ne peut-elle pas s'éteindre si le débi-rentier tarde trop longtemps à l'exercer? C'est ce que décide l'art. I20 pour le cas où le rachat n'est pas exercé dans les 30 ans" La faculté donnée par contrat de racheter héritage ou rentes de bail d'héritage à tousjours, se prescrit par trente ans entre aagés et non privilégiés".

Enfin 4° - L'art. II7 concerne la prescription contre le douaire de la femme. Cette prescription ne court que du jour où le mari est décédé. Si à partir de ce moment la femme laisse écouler 30

ans sans réclamer son douaire on en concluera qu'elle y a renoncé et le douaire sera prescrit.

Tout ceci élagué, occupons-nous des articles essentiels qui se rapprochent de plus près de notre étude. Art. II3.II4.II5.II6.II8.

Les art. II3 - II4 - II5 fixent le jeu de la prescription de 10 à 20 ans dans des hypothèses assez délicates à examiner. Dans l'art. II3 la rente, droit réel sur immeuble est traitée comme l'immeuble lui-même. Elle n'en diffère en effet que par son caractère incorporel. Mais , cette différence écartée, qu'il s'agisse d'un droit de rente foncière ou de la propriété même de l'immeuble, rien n'empêche d'acquérir aussi bien le droit incorporel de rente sur un immeuble que le droit de propriété sur cet immeuble, rien ne s'oppose à ce qu'on acquière un droit de rente foncière sur un immeuble par la possession de 10 à 20 ans comme on acquiert la propriété de l'immeuble lui-même. Pour que cette acquisition du droit de rente soit accomplie, il suffira que la possession de ce droit de rente se soit manifestée pendant le temps nécessaire pour la prescription acquisitive et que cette manifestation ait eu lieu après une acquisition de la rente avec juste titre et bonne foi. C'est ce que veut dire l'art. II3 quand il assimile la rente foncière à la propriété de l'immeuble: "Si aucun a joui et possédé heritage ou rente à juste tiltre et de bonne foy tant par lui que ses predecesseurs, dont il a le droit et cause franchement et sans inquiétation par dix ans entre présents, et vingt ans entre absens aages et non privilegies, il acquiert prescription dudit heritage ou rente."

Si on a possédé l'immeuble on devient propriétaire et si on a possédé la rente on devient titulaire du droit réel de rente foncière sur l'immeuble.

Pothier déclare que, dans l'hypothèse de l'art. II3, il peut s'agir tout aussi bien de rente constituée que foncière parce que dans Pothier la rente constituée elle-même, bien qu'elle ne s'agrippe pas à la terre comme la rente foncière, constitue tout de même un être distinct et immobilier de même nature, tandis que Ferrière limite l'application de l'art. II3 à la rente foncière, parce qu'elle constitue seule un droit réel assimilable au droit de propriété.

Si on se reporte ensuite à l'art. II4, on voit que ce texte prévoit une hypothèse inverse et correspondante. Il s'agit d'une rente existant sur un immeuble mais dont le détenteur n'a pas payé

Prescription de la rente par non-paiement au profit du propriétaire.

les arrérages pendant dix ou vingt ans dont il a par conséquent comme possédé la libération pendant ce délai de 10 à 20 ans. Cette rente qui grevait l'immeuble et qui en est censément distincte, le détenteur en a comme accumulé sur sa tête les arrérages puisqu'il ne les a pas payés; il a acquis par la jouissance qu'il a gardée des arrérages qu'il n'a pas payés le droit de rente dont il s'agit et en a par confusion sur sa tête libéré l'immeuble dont il était propriétaire. Cette libération peut ainsi avoir lieu par la prescription de 10 à 20 ans et sous la forme de prescription acquisitive de la rente; c'est quelque chose d'analogue à la confusion qui peut se faire sur la tête du tiers détenteur en cas d'hypothèque. "Quand aucun a possédé et joui par lui et ses prédecesseurs, desquels il a le droit et cause d'héritage ou rente à juste titre et de bonne foi par dix ans entre présens et vingt ans entre aages et non privilégiés, franchement et paisiblement sans inquiétude d'aucune rente ou hypothèque: tel possesseur du dit héritage ou rente a acquis par prescription contre toutes rentes ou hypothèques prétendues sur le dit héritage ou rente".

Quand il s'agit du droit de rente le possesseur de l'immeuble l'a en quelque sorte acqui et confondu avec sa propriété par sa libre jouissance en libérant du même coup son immeuble de la charge réelle antérieure.

Cas où les arrérages ont été payés par un autre que le tiers détenteur.

La prescription de 10 à 20 ans court donc encore ici, mais pour faire acquérir le droit de rente au possesseur et par conséquent libérer par confusion l'immeuble grevé. Ce n'est pas tout. L'article 115 se rattache à la même hypothèse et achève de la régler pour un cas plus complexe. Il est arrivé que les arrérages qui n'ont pas été payés au crédi-rentier pendant 10 ou 20 ans par le tiers détenteur l'ont été au même crédi-rentier par un autre que le détenteur, par exemple par celui qui avait constitué la rente; celui qui avait constitué la rente et en était tenu personnellement avait cessé d'être possesseur de l'immeuble grevé. Il avait à cause de son obligation personnelle, payé les arrérages au crédi-rentier alors que le possesseur qui lui a succédé n'a rien payé du tout. Si cet état de choses se prolonge pendant 10 ou 20 ans, le possesseur va-t-il avoir vraiment acquis la liberté de son fonds? On peut soutenir que par l'effet du non paiement de la rente, il a prescrit contre elle et s'en est affranchi aux termes de l'article 114. Mais s'il est vrai que le possesseur n'a rien payé et a pu croire avoi

La prescription ne joue pas lorsque le credi-rentier n'est pas au courant de la situation de l'immeuble.

acquis sa libération, le crédi-rentier a pu croire de son côté que sa rente continuait d'exister et il lui est dur de voir éteindre sa rente sans qu'il ait commis une négligence par cela seul que celui qui la lui a payée n'est pas le possesseur actuel de l'immeuble. L'art. II5 refuse de laisser jouer la prescription au profit du possesseur et à l'encontre du crédi-rentier, au cas où le crédi-rentier n'aurait pas pu se douter que ce fonds avait changé de mains, n'aurait pas pu se douter du refus par le possesseur de payer la rente et n'aurait pas été averti de la résistance du possesseur au paiement. Il en serait ainsi si le fonds ayant été aliéné sans que le crédi-rentier l'ait su, l'ancien possesseur en avait en fait gardé la jouissance apparente en prenant le fonds en location du nouveau possesseur ou en ayant l'usufruit ou en le gardant à titre de précaire. Le crédi-rentier n'a pu se rendre compte de ce qui se passait et on ne veut pas lui faire perdre son droit à titre de négligence. Art. II5: "Et a lieu ladite prescription , supposé que ladite rente soit payée par celui qui l'a constituée, ou autre au descen du tiers detempteur.

Donc en principe, la prescription aura lieu, même si un autre a payé au crédi-rentier les arrérages de la rente. Le détenteur n'en a pas moins usucapé la libération de son fonds du droit réel qui le grevait: c'est sa jouissance de la liberté de sa terre qu'il y a lieu de prendre en considération. Pourtant la Coutume y apporte une réserve: "Toutefois si le créancier de la rente a eu juste cause d'ignorer l'aliénation parce que le débiteur de la dite rente serait toujours demeuré en possession de l'héritage par le moyen de location, retention d'usufruit constitution de précaire, ou autres semblables pendant ledit temps la prescription n'a cours".

On aurait pu admettre l'extinction par usucaption du droit réel de rente et le maintien de l'obligation personnelle de rente à la charge du constituant qui a payé les arrérages. On n'a pas voulu disposer le droit réel du droit personnel et on a maintenu les deux.

La prescription même du droit réel de rente n'a pas lieu quand le crédirentier n'a pas pu se rendre compte que l'immeuble avait changé de mains et que le nouveau possesseur s'insurgeait contre le droit réel.

On voit par cet exemple l'importance pratique et la finesse doctrinale de cette matière des rentes ainsi que les complications qu'elle sou-

La prescrip-
tion par pos-
session pu-
blique et
continuée
pendant tren-
te ans.

levait parfois.

Si on néglige l'art. II⁶ qui se borne à dire quels sont ceux qu'on répute présents les uns vis-à-vis des autres, il ne reste plus de tout notre titre que l'art. II⁸ qui nous transporte dans la prescription de 30 ans. "Si aucun a joui, usé et possédé d'un héritage ou rente, ou autre chose prescriptible par l'espace de trente ans continuellement tant par lui que par ses prédecesseurs franchement, publiquement, et sans aucune inquiétude - suppose qu'il ne face apparaître de titre, il a acquis prescription entre agés et non privilégiés."

On voit que le texte n'exige expressément pour son application et pour le jeu de la prescription de 30 ans que la possession publique et ininterrompue. Il déclare en outre expressément qu'il est inutile de présenter un titre pour bénéficier de cette prescription. D'autre part la même prescription fonctionne aussi bien pour l'acquisition des droits incorporels et autres choses prescriptibles que pour la propriété.

Pourtant il faut écarter ici l'acquisition des droits de servitudes prediales pour lesquelles il faut toujours un titre, même quand le délai est de 30 ans. Art. I⁸⁶ de la Coutume de Paris: "Droit de servitude ne s'acquiert par longue jouissance quelle qu'elle soit sans titre, encore que l'on en ait joui par cent ans: mais la liberté se peut acquérir contre le titre de servitude par trente ans entre aages et non privilégiés".

Quant aux qualités que doit avoir cette possession, je voudrais y insister un instant. Il n'est pas dit qu'aucun titre n'est nécessaire pour qu'on puisse invoquer la prescription. Pourtant certains auteurs (Pothier), interprétant un peu étroitement cette condition estiment que si on ne réclame pas le titre c'est parce que le long laps de temps fait présumer l'existence d'un titre qu'il est impossible de représenter. A première vue cela ne semble pas changer grand chose à l'application du texte. Mais s'il est vrai qu'on présume le titre perdu et si c'est sur cette présomption qu'on accorde la prescription, il faudrait dire que si on pouvait produire ce titre qu'on présume exister et si ce titre était un titre précaire, un titre s'opposant par conséquent à la prescription, la prescription en serait empêchée. La prescription se fondant sur la présomption d'existence d'un titre, si on démontre ou que ce titre ne peut pas avoir existé ou même qu'il en existe un autre qui établit que le possesseur n'a qu'une possession précaire, ne doit-on pas lui refuser le bénéfice?

Cas où il existe un titre.

Rôle de la bonne foi.

ce de la prescription? Sur ce point, certains pensaient que sans s'arrêter à cette interprétation, il fallait toujours accorder la prescription en négligeant tout examen du titre, tandis que Pothier estimait que dans cette hypothèse la prescription ne pouvait fonctionner. L'art. II8 s'explique insuffisamment à ce sujet en déclarant que la prescription de 30 ans pourra fonctionner sans titre.

La question est encore plus délicate quand on passe à la bonne foi que le texte ne paraît pas exiger du tout. Certains auteurs, comme Ferrière, n'hésitent pas à dire que, à supposer même qu'il y ait eu mauvaise foi même prouvée, l'existence prouvée de la mauvaise foi ne ferait pas obstacle à la prescription parce que l'art. II8 n'exige dans l'ordre de la bonne foi aucune constatation et parce que la règle que nous avons trouvée précédemment dans le canon "possessor" au Sexte, à savoir qu'il ne peut pas y avoir de possession utile quand elle est de mauvaise foi, n'est pas gardée en notre coutume ni dans les autres. De sorte que ce silence de l'art. II8 devrait être interprété comme rejetant chez nous la vieille règle canonique.

Le laps de 30 ans fait présumer la bonne foi.

Si on suppose qu'aucune contestation n'a lieu sur la bonne foi, les choses vont toutes seules. Si on suppose, au contraire, que celui contre qui on invoque la prescription est disposé à prouver la mauvaise foi de son adversaire, va-t-on autoriser cette preuve et en déduire que s'il peut faire cette preuve la prescription, même de 30 ans, ne pourra pas fonctionner à son profit? Cette question est restée en suspens pendant tout notre ancien droit. Bien qu'il soit facile de constater aux XVII^e et XVIII^e siècles un retour vers les conceptions romaines et vers l'octroi de la prescription même en cas de mauvaise foi, il y a des jurisconsultes du XVIII^e siècle, parmi lesquels Pothier, qui raisonnent pour la bonne foi comme pour le juste titre. Le laps de 30 ans fait seulement présumer la bonne foi et dispense d'en fournir la preuve, mais il ne la fait présumer qu'autant que le contraire n'est pas établi, tant que l'adversaire n'apporte pas de preuves qui établissent que le possesseur savait que l'héritage ne lui appartenait pas. Si cette preuve était fournie la prescription serait impossible (Pothier, Prescription pp. 171 et 172.)

Tels sont les principaux traits de la prescription dans notre ancien droit.

Il faut ajouter qu'il existe, en dehors de ces deux prescriptions (10 à 20 ans et 30 ans) un très grand nombre d'autres prescriptions que l'on peut par-

Prescriptions secondaires de 40 et de 100 ans.

courir dans Dunod ou Pothier, ainsi Prescription de 40 ans (C.J. de Prescriptionibus XXX vel XL ann. C. 4 omnes). Constitution d'Anastase établissant le délai de 40 ans pour la prescription de tous les droits et actions qui auparavant échappaient à la prescription de 30 ans. Elle s'applique toutes les fois qu'une autre disposition écarte formellement la prescription: biens du fisc, des Eglises, hypothèques, droits incorporels ne rentrant pas déjà dans la prescription de 30 ans comme le cens. Prescription de 100 ans, pour tous les droits qui sont dits imprescriptibles même par 40 ans, prescription de 100 ans qui est en général assez combattue chez nous par les canonistes et par les soutiens des droits du roi, cette prescription étant ordinairement invoquée contre l'Eglise ou contre les droits du roi (Pothier pp.423 et sq.)

Voilà dans sa substance cette matière de la prescription, matière touffue dont l'histoire est curieuse prenant sa source dans la législation romaine et dans les traditions germaniques et en opérant la fusion elle est le type des modes non volontaires et non originaires d'acquisition.

Il en est quelques autres de peu d'importance que je néglige pour arriver aux modes volontaires d'acquisition.

Modes volontaires d'acquisition.

Simplification dans les derniers siècles de l'Empire des modes romains de transfert.

Ces modes proprement volontaires d'acquisition de la propriété se sont à Rome singulièrement simplifiés durant les derniers siècles de l'Empire. La mancipation avait disparu, d'autant mieux qu'en Gaule il n'y avait pas d'immeubles italiques; l'injure cessio n'a pas survécu à l'écroulement de l'organisation judiciaire romaine. Si bien que dès les Invasions il ne reste plus d'applicable dans le monde romain et il ne subsiste plus comme mode volontaire de transfert, que la traditio et encore est-elle extrêmement simplifiée, ne comportant que la livraison matérielle de la chose, de sorte qu'il eut été difficile d'imaginer un mode plus élémentaire.

On avait assez finement analysé le mécanisme de cette tradition, on l'avait peu à peu dépouillé de tout élément formel. La tradition suppose tout d'abord un élément intentionnel, intention chez l'aliénateur, de transférer la propriété et chez l'acquéreur de l'acquérir, animus. Puis il fallait ajouter ce premier élément un élément matériel: la livraison de la possession de la chose. C'est dans l'espace de

Persistance et simplification de la tradition.

cette livraison matérielle que la doctrine s'était affinée: la livraison s'accomplissait au gré des parties sans aucune cérémonie, par la simple mise de la chose à la disposition de l'acquéreur par le procédé le plus convenable à l'objet. Par exemple, pour un immeuble, la traditio se faisait par la remise matérielle des clefs de la maison, du grenier. On allait même plus loin, on acceptait que la convention pouvait intervenir pour faire du détenteur actuel un possesseur au nom de l'acquéreur, alors qu'auparavant il était possesseur en son propre nom ou au nom d'un autre. Cette convention équivalait à une transmission de la chose. C'est ce qu'on a appelé depuis le constitut possessoire. Il faut également tenir compte de ce qu'on appelait la traditio brevi manu ou longa manu qui supposent un déplacement de possession sans déplacement de la chose. On se contentait donc de tout procédé qui avait pour effet de supprimer toute résistance à l'exercice par l'acquéreur de son droit de propriété. Il y a pourtant à cela une limite que le droit romain n'a jamais franchie. Cet élément matériel du transfert, si atténué qu'il soit est indispensable et jamais le droit romain n'a admis que la simple convention put suffire pour opérer le transfert. C'est le dernier pas que la législation moderne devait accomplir.

Voilà le mode usité à Rome au moment des Invasions. Pareil mode, si souple, si abandonné à toutes la diversité des circonstances extérieures, ne pouvait guère être altéré dans sa doctrine et dans sa pratique par l'effondrement du pouvoir public romain. Le retour à des pratiques moins affinées dut sans doute parfois amener dans cette pratique plus de matérialisme et moins de symbolisme. Mais malgré cette nuance la législation romaine avait gardé toute sa portée et ses contours essentiels.

La tradition dans le monde germanique.

Les modes de transfert en droit germanique.

Dans le monde germanique, les modes de transfert sont un peu incertains. Un point acquis c'est qu'il faut autre chose, pour la validité du transfert, que le simple consentement. C'est un point sur lequel le droit germanique et le droit romain sont d'accord.

Nous trouvons des renseignements sur ce qui se passe à cette époque soit dans les lois barbares, soit dans les documents de la pratique de la période franque, ou même un peu postérieure.

Parmi les textes législatifs auxquels nous

Formalités de la vente et de sa réalisation dans la loi Ripuaire.

L'acte écrit avec acceptio testamenti.

Le testamentum ordinaire dans le mallum.

Le testamentum regis.

pouvons recourir, le plus abondant c'est la Loi Ripuaire (Tit. 60 et 59). Le Tit. 60 nous parle de la forme régulière à employer pour faire une vente et y ajouter, ce qui en est le complément naturel, le transfert de la propriété de la chose. Il s'agit, au titre 60, de quelqu'un qui a une petite villa et qui n'a pu faire l'acceptio testamenti. Cette acceptio testamenti, on en trouve l'explication dans la même loi Ripuaire, au titre 59: Si quis alteri aliquid vendiderit, et emptor testamentum venditionis accipere veluerit, in mallo hoc debet facere: et premium in praesenti tradat, et rem accipiat, et testamentum publice conscribatur - Quod si parva res fuerit, septem testibus firmetur; si autem magna, duodecim roboretur".

Cela doit être fait dans l'assemblée du mallum et il y faut la rédaction d'un acte écrit qui sera rédigé en public, c'est-à-dire devant le mallum, peut-être par quelque greffier ou notaire public. Le texte continu en prévoyant une autre hypothèse: le simple témoignage suffira si la chose est de peu d'importance. Le nombre des témoins variera de sept à douze suivant que la chose est parva ou magna. Le témoignage portera sur le paiement du prix et la livraison de la chose.

En fait de testamentum d'ailleurs, il existe un autre dont il est question dans cette même loi Ripuaire, au ch. 60 dans les paragraphes 3,6 et 7. Ce testamentum s'appelle le testamentum regis; il s'agit d'une vente qui a probablement lieu en présence du roi, ou tout au moins sous son autorité et qui doit être constatée par un témoignage rédigé par un de ses notaires. Son autorité est plus grande que celle du testamentum ordinaire. Elle est signalée au ch. 60. Ainsi, par exemple, à supposer que l'on conteste l'exactitude de ce testamentum regis, il faut porter contre lui une accusation de faux. Quand cette accusation de faux n'aura pas été justifiée, elle entraînera contre celui qui l'a portée une composition capitale, c'est-à-dire qu'il devra payer le prix d'un homme (de 100 à 300 sous d'or), ou bien qu'il devra y laisser la vie (§C). De même la violation de ce testamentum entraîne une peine de 60 sous d'or, outre la restitution de l'objet qui a été contesté.

Pourtant il faut signaler que le roi ne semble pas avoir pris la responsabilité de l'acte qu'il a ainsi confirmé, puisque le § 7 suppose que deux testamentum regis ont été donnés pour le même objet. On aura vendu sans doute la même chose à deux personnes successives et propos de chacune des ven-

tes on aura obtenu un *testamentum regis*. Le § 7 dit simplement que s'il y a deux *testamenta regis* c'est toujours le plus ancien chronologiquement qui doit être considéré comme le vrai.

Voilà les deux formes essentielles: d'une part le *testamentum ordinariae*, qui a lieu dans le *mallum*, et le *testamentum regis* sur le détail duquel la loi ne nous édifie pas complètement.

J'ai déjà dit plus haut qu'à défaut d'acte écrit, le Ch. 60 organise, pour y suppléer, une preuve testimoniale qui a lieu pour les res mediocres ou encore pour les res parvae. Le texte indique le nombre de témoins respectivement nécessaires: pour les médiocres six témoins, pour les petites trois et même il ajoute pour les grandes douze. Au moment de la tradition de la chose, le témoignage portera comme le *testamentum à la fois* sur l'existence du contrat et sur sa réalisation, sur son exécution par la tradition de la chose.

Ce qu'il y a de pittoresque dans la fin du texte, c'est que aux témoins, à cette époque, on ajoute des enfants, probablement pour que leur témoignage dure plus longtemps; et afin de bien attirer leur attention, au moment où on leur fait remarquer la chose importante dont on veut qu'ils gardent le souvenir on leur donne une gifle: et on leur tire les oreilles.

A défaut de témoins enfin, l'acheteur qui n'aura pas reçu sa chose n'aura qu'à la revendiquer et à intenter un procès dans lequel il prêtera serment, lui et de 3 à 7 cojureurs que la chose lui a été vendue; par ce procédé l'acquéreur parviendra peut-être à obtenir un titre judiciaire.

Cette loi Ripuaire est à beaucoup près le texte le plus important que nous possérons parmi les lois barbares. La Loi Salique ne nous fournit rien. La loi Burgonde (Tit. 60 §§ 1 et 2) s'élève, comme elle le fait souvent, contre la dégradation des usages anciens en matière de donations et surtout au point de vue du nombre des témoins qu'on appelle pour constater la donation et la livraison de la chose. Elle place aussi en première ligne, comme la loi Ripuaire, comme preuve de la livraison, les legitimae scripturae, sans s'exprimer autrement sur la tradition proprement dite.

Enfin la loi des Bavarois, au T. 15, parlant des ventes d'immeubles, rapporte des usages semblables à ceux de la loi Ripuaire, en exigeant notamment le paiement du prix, la rédaction d'une carta, d'un testamentum, ou le recours au témoignage de

Conclusion
et exécution
du contrat en
présence de
témoins, à
défaut d'é-
crit.

Possibilité,
pour l'ache-
teur d'établir
son droit par
revendica-
tion à défaut
de titre ou
de témoins.

deux ou trois personnes, auxquelles, ici aussi, on doit tirer l'oreille afin de rendre leur mémoire plus fidèle.

Voilà tout ce que l'on trouve dans les Lois Barbares. Tout cela est assez clair sur quelques points. Ainsi d'abord tout cela est clair sur le caractère public de l'opération, puisqu'elle doit avoir lieu in mallum ou devant le prince.

En second lieu, cela est clair aussi sur le recours habituel à la rédaction de l'écrit, ou bien sur la pratique du témoignage et les formes habituelles auxquelles il est soumis.

Mais on doit constater que cela est bien plus insuffisant sur le mécanisme même de la tradition. Pour être éclairé sur ce dernier point, il importe alors de recourir aux documents de la pratique qui vont compléter ce que nous donnent par ailleurs les lois barbares.

Les formules de l'époque franque ne sont pas cependant aussi suggestives qu'on pourrait le croire. La raison en est sans doute que ces formules ont été rédigées, pour la plupart, par des scribes de formation romaine, d'éducation et d'instruction romaines, si bien qu'ils ont tendance, les uns et les autres, surtout à faire appel aux procédés romains.

Ils nous mentionnent d'abord la nécessité de la tradition, mais sans nous renseigner exactement sur les moyens employés pour l'opérer. Ainsi dans les Formules de Tours (Formules 4 et 31), dans les Formules Saliques Bignonnienses (Formules 20, 21 et 22), dans les Formules saliques de Merkel (7 et 8); de Lindenbrog (4).

Tout cela donc n'offre pas un très grand intérêt. Pourtant un examen plus complet de ces formules et leur comparaison avec quelques chartes qui subsistent de cette époque, nous permettent de conclure que la cérémonie de la tradition, à cette époque, comporte comme deux actes qui se déroulent successivement. Tout d'abord, premier acte, c'est la mise en possession de l'acquéreur, qu'on appelle dès cette époque, la vestitura: on l'investit de l'objet en lui en livrant la possession. Puis, second acte, on estime encore nécessaire que l'ancien propriétaire, l'aliénateur, fasse abandon de la propriété qu'il avait sur cette chose. C'est le délaissement de la chose par l'aliénateur, ce qu'on désigne dans les textes par le mot de werpitio, ou guerpitio, (Recueil des textes francs) de Thévenin édités par Picard, dans la collection des textes pour

Le mécanisme de la tradition, les influences romaines dans les documents de la pratique.

Les deux actes de l'opération: vestitura et werpitio.

servir à l'enseignement de l'histoire, n° 105, p. 151, texte de 872). Il s'agit ici d'une application du droit franc, mais en Italie, il y est question des deux cérémonies, d'abord d'une *vestitura corporalis*, *vestitura symbolique* d'ailleurs, puis d'une *verpitio*, "exinde foris expuli et absacito feci". On y mentionne aussi le paiement du prix et en même temps l'acquéreur recevra la *levatio cartae*, c'est-à-dire qu'on lui livrera la *carta* sur laquelle toutes ces opérations sont inscrites. De même encore (N° 117 p. 172, acte de 905, extrait des chartes de l'Abbaye de Cluny) on voit que la *vestitio* est indiquée à la fin de l'acte "revestivit per suum andelangum, secundum legem Salicam, et exitum inde fecit".

La vestitura:
sa double for-
me: vestitura
réelle.

Allons un peu plus loin dans l'examen de toute cette opération. D'abord la *vestitura*: il y a deux sortes de *vestiture*, la *vestitura réelle*, qui est la prise de possession. On la trouve mentionnée dans un acte de Thévenin (N° 78, p. 107), acte de la région du Rhin Moyen. Cette *vestitura réelle* est marquée par ce fait que pendant trois jours l'acquéreur est demeuré sur la terre; il en a donc bien pris possession effectivement. "Triduo secundum legem insiderunt ann."

De même (N° 81, acte de 808), la *vestitura* a lieu par une promenade circulaire sur la terre "comprehensio per circuitum". Le vendeur et l'acheteur s'en vont faire le tour du propriétaire, le vendeur transmettant ainsi la terre à l'acheteur.

Enfin citons un dernier texte (N° 69, acte de 826 à 827, abbaye de Fulda, où il est question de *captura*; c'est là aussi une prise de possession, mais elle s'applique cette fois à des terres qui ont été défrichées par le vendeur: elle a lieu par le même procédé que tout à l'heure, par une promenade sur les limites de la terre.

Voilà donc un premier procédé dont l'application n'est pas douteuse. Mais il arrive plus souvent que cette *vestitura* est symbolique et ici les symboles, dans le monde germanique, ont été beaucoup plus nombreux et beaucoup plus répandus que dans le monde romain. Ainsi, d'abord, on a le symbole *per claves*, la tradition par la livraison des clefs de la maison ou des clefs du grenier (N° 37, p. 44). Cela se rattache au droit romain et se trouve dans les Formules bignonnienses. - Ou encore (pp. 161 et 158, n° 108) on trouve l'emploi de la *festuca*, c'est-à-dire du brin de paille, du fétu que généralement le vendeur jette dans le sein de l'acheteur. - A côté encore se trouve la *vestitura per scripturam* qui consiste dans la délivrance du texte écrit qui relate la cérémonie

estitura
symbolique,
es variétés.

et le contrat dont elle est l'exécution (N° 94, p. 130, in fine "scriptos conscriptos jectivas.... per scriptum").

Importance et causes du symbolisme en droit franc.

Ce développement du symbolisme dans le monde germanique est peut être dû à deux causes. La première, c'est le caractère public que doit avoir la transmission. Il est évident que si la vestitura doit avoir lieu *in mallum*, il est bien impossible, pour un immeuble, de l'opérer autrement que par voie symbolique. - Puis, d'autre part, l'imagination de ces populations primitives varie suivant le canton. Chacune d'entre elles aura le symbole qu'elle préfère: festuca, couteau, ou encore le gant, wantonem, wasonem, le gazon, tous symboles qui se trouvent généralement placés sur la carta et dont on fait la délivrance en même temps qu'on fait tradition de la carta.

L'autre opération c'est la werpitio pour laquelle on emploiera le symbole inverse de celui de la vestitura, (N° 29, p. 35). On constate dans cet acte, d'une part la vestitura par la motte de terre, *per herbam vel terram*, puis à côté l'abandon par rejet de la festuca, *exitum per festucam* (l'acte se trouve dans les *Formulae senonenses*. f.7).

On rencontre parfois des symboles particuliers. Ainsi le texte de la loi Salique sur la chrense cruda, où un homme qui ne peut pas payer sa dette fait abandon de sa terre et de sa maison. Ici, (Tit. 60 de la Loi Salique), le symbole qui correspond à cet abandon, c'est le jet par le Franc de quatre bâtons vers les quatre coins de sa terre, qui indique ainsi qu'il l'abandonne.

Ces cérémonies symboliques finissent par l'emporter sur la cérémonie réelle, à mesure que la publicité fut exigée plus étroitement. On sait l'importance reconnue à la publicité, soit devant le *mallum*, soit par devant le roi; c'est en réalité cette publicité que nous avons déjà trouvée dans la loi Ripuaire, qui va servir de point de départ à tous les délais dont on a parlé plus haut, soit à l'encontre des parents qui voudraient exercer le retrait, soit à l'encontre d'un propriétaire qui voudrait recouvrer la possession de la chose.

Ces cérémonies symboliques se pratiquèrent longtemps. On les retrouve dans la plupart des cartulaires postérieurs à l'époque des lois barbares. Ainsi dans le Cartulaire de Redon (§ 7), publié par Courson (*Documents inédits de l'histoire de France*), "donaverunt terram, postea vero firmaverunt hanc donationem coram multis nobilibus, ante Ecclesiam".

Importance de la publicité.

Il est arrivé souvent en effet que, notamment au point de vue de la publicité, c'est l'Eglise qui a réuni autour d'elle ceux qui autrefois étaient groupés sur la place publique ou mallum (N53, 46, 17). La proclamation de l'acte et de la tradition ont lieu à la porte de l'église ou encore devant le juge. (Thévenin, n°132 p. 194 n°40 p.47).

Tout cela réuni nous conduit donc à distinguer dans l'acte d'aliénation comme trois étapes: 1ère étape: c'est le contrat d'aliénation lui-même; - 2ème étape: c'est la mise en possession réelle; et la werpitio-3ème étape: vestitura et wirpitio symboliques accomplies soit devant le mallum, soit devant le roi, soit à la porte de l'église, cet acte public est la conclusion de tout le transfert.

Voilà comment les choses paraissent s'être passées à cette époque. On constate que tout ceci est en fin de compte assez long. On s'est demandé comment on a pu en arriver à cette complication, on l'a souvent expliqué en disant qu'à cette époque la publicité s'était superposée, ainsi que les cérémonies symboliques germaniques, à la tradition réelle romaine et que le tout avait subsisté, constituant une sorte d'amalgame qui donnait satisfaction aux diverses origines ethniques.

L'Eglise obtint d'ailleurs parfois à son profit une simplification de ce cérémonial qui rendait obligatoire la vestitura et la werpitio symboliques, publiques, tout seuls même au cas où les intéressés n'auraient pas pu accomplir la tradition réelle, par exemple parce qu'ils étaient éloignés du bien au moment où ils en ont transmis la propriété. Il n'est pas étonnant que l'Eglise ait obtenu cette faveur; elle est, à ce moment, puissante, on peut constater dans un capitulaire de l'époque carolingienne, capitulaire de 817, c'est-à-dire de Louis le Débonnaire, (ch. 6, pp. 282 et 380), que si un homme s'en est allé par exemple à l'armée et qu'au moment du combat il veuille faire donation, tradition de tous ses biens à l'Eglise, il peut le faire tout simplement par voie symbolique, devant ses compagnons d'armes qui sont de même pays, de même région que lui, ou même devant tous autres qui seraient auprès de lui.

Les 3 étapes
de l'acte d'aliénation;
complication
de l'opéra-
tion.

Simplifica-
tion de ces
formes en
faveur de
l'Eglise.

La tradition en Droit féodal.

Utilisation par le droit féodal des procédés antérieurs.

Les 2 actes de la constitution du fief:
L'hommage,
la vestitura.

La vestitura par tradition symbolique mais sans werpitio.

La transmission du fief ou de la censive. Emploi des formalités précédentes compliquées par l'intervention nécessaire du suzerain.

Les choses restèrent ainsi chez nous jusqu'à l'avènement du régime féodal. Cet avènement apporta nécessairement quelques modifications à l'état de choses antérieur. Mais en même temps on va voir comment le régime féodal sut profiter de tout le développement antérieur et l'adapter très exactement aux nouvelles conceptions de la propriété.

La constitution du fief s'opère au moyen de deux cérémonies; la première c'est le serment de fidélité du vassal au suzerain et la prestation de l'hommage. De cette cérémonie nous n'avons pas à nous occuper, car elle s'applique à la formation du lien personnel et non pas à la tradition même de l'immeuble donné en fief. Puis, en second lieu, après ce serment de fidélité, vient la vestitura du fief, c'est-à-dire la remise du fief par le suzerain à son vassal, la mise en possession du vassal.

Cette mise en possession, elle, a tout d'abord lieu en respectant les formes qui viennent d'être étudiées, c'est-à-dire qu'on procède à une tradition réelle, puis à une tradition symbolique au vassal. La tradition symbolique a lieu publiquement par le suzerain, devant sa cour réunie (Ch.2). La seule différence avec le cérémonial antérieur; c'est qu'il n'y a pas de werpitio pour la constitution parce que en effet le suzerain conserve le dominium sur la chose bien qu'il en fasse tradition au vassal; il conserve sur elle son droit de domaine éminent, par conséquent il va de soi qu'il n'en peut pas faire abandon. Voilà une modification qu'exige naturellement la conception féodale.

Quand il s'agit de censive, il n'y a pas de fci et d'hommage, mais il y a aussi une tradition et il n'y a vraisemblablement pas non plus de werpitio.

Mais cette werpitio va reparaître, une fois le fief constitué, quand le vassal veut l'aliéner. Nous allons retrouver le cérémonial tout à fait complet. On sait qu'originiquement le fief était intransmissible même à cause de mort, qu'au décès du vassal il retournait aux mains du suzerain qui quand il l'avait repris pouvait en faire ce qu'il voulait. Cette phase d'inaliénabilité ou d'intransmissibilité du fief a été chez nous très courte chro-

nologiquement et peut être même a-t-elle été parfois

omise; en tous cas très rapidement, peut-être même au moment où le fief se constitue, vassal et censitaire acquièrent le droit de transmettre leur bien à cause de mort d'abord, puis entre vifs.

On va recourir alors pour cette aliénation aux procédés que nous connaissons. Mais il ne faut pas oublier qu'ici il y a une complication nouvelle, c'est que l'aliénation par le vassal ne va être possible que sous la réserve du droit de domaine éminent du suzerain qui va persister vis-à-vis du nouveau vassal, comme il existait vis-à-vis de l'ancien. Il faut que la forme de cette transmission traduise ce droit persistant, cette réserve au profit du suzerain. Voici comment cela se fera: la propriété du vassal, du censitaire, pour sa transmission à l'acquéreur de ce vassal ou de ce censitaire n'exige sans doute que le consentement du seul vassal ou du seul censitaire en ce sens que le suzerain ne peut pas mettre obstacle à la conclusion de la transmission dès que le vassal ou le censitaire l'ont consentie. Mais dans la forme, on a continué d'exiger, pour que, cette opération de transfert soit pleinement accomplie, l'intervention du suzerain. Le suzerain ne pourra pas refuser son entremise, - c'est en cela que se traduit la liberté entière du vassal, - pourvu qu'on lui paie, à lui suzerain, les profits auxquels il a droit. Mais pourtant il faudra que le suzerain y intervienne.

De sorte que la propriété féodale du vassal, la propriété utile pour parler plus généralement, n'est plus transmise directement comme autrefois par l'aliénateur à l'acquéreur; il faut une double cérémonie dont le détail se relie aux pratiques anciennes et qui va en même temps donner satisfaction aux conditions nouvelles du domaine. Le vassal ou le censitaire, aliénateur, va commencer désormais par faire abandon de son droit, il va faire la werpitio que nous connaissons bien par la période Franque, derelictio ou encore devest. Mais il va faire cet abandon entre les mains de son suzerain et cette derelictio va revêtir les caractères symboliques qu'elle avait à l'époque franque, c'est-à-dire que le vassal aliénateur va faire guerpitio avec le bâton; il la fera publiquement aussi, à la cour du suzerain et non pas sur le fonds (Grand Coutumier de Charles VI, Liv. II, Tit. 23 p. 264).: "Et fault que le vendeur, ou son procureur, aiant pouvoir à ce aille de dans les huyt jours à compter du jour de la vente, par devers le seigneur foncier et dire; si c'est le maistre, id est le vendeur princier"

Le vest du
vassal aliénateur entre
les mains du
suzerain;
sa forme
symbolique
par le bâton.

ra ces mots: "Sire j'ay vendu à Tel, tel héritage, ou tel cens, ou rente sur tel héritaige mouvant de vous en censive, pour tel pris, si m'en dessaisi en votre main et vueil et vous requiers que le dit acheteur ensaisiniez..... Et en signe de dassaisissement doit bailler audict seigneur ung festu". (C'est l'ancienne festuca).....

Voilà la première cérémonie. Ceci est vrai pour la censive et on trouve, (Ch.25 p.273), exactement la même opération relevée en matière de fief.

Cette première opération faite, suit la seconde: le suzerain qui a ainsi recouvré la propriété du fief ou de la censive qu'on lui a abandonnée, doit saisir, investir l'acquéreur. La vestitura aura lieu donc ici après le dessaisissement et cette vestitura sera de même symbolique et solennelle, avec la même mise en possession réelle". Ce fait le seigneur doit bailler la saisine à l'acheteur et dire: Je vous saisis ou mets en saisine de tel héritaige, sauf mon droit et l'autrui en toutes choses; et en doibt prendre les lettres de saisine séellées du séel dudit seigneur ou de son baillif ou député, annexées par les lettres de la dicta vente" (p.265). C'est le même cérémonial qui sera employé pour le fief.

Le suzerain d'ailleurs peut refuser l'ensaisinement tant qu'on ne lui a pas payé les profits qui lui sont réservés. De même il peut encore se refuser à ensaisiner s'il a l'intention d'exercer son droit de retrait, c'est-à-dire de prendre pour lui le marché que le vassal a fait avec un autre en lui remboursant le prix que cet autre lui a promis. (p.274)

Voilà dans l'ensemble le cérémonial usité à l'époque franque.

Le caractère de l'investiture seigneuriale est à retenir. Le suzerain investit l'acquéreur "sauf mon droit et l'autrui en toute chose". Il rejette donc toute responsabilité soit quant à son droit propre qu'il ignorera, soit quant au droit des tiers. L'investiture transmet donc la terre telle qu'elle est, réserve faite de tous les droits qui peuvent la grever. Elle ne garantit même pas que le tradens était propriétaire, mais seulement qu'il avait en fait la saisine, c'est-à-dire la possession et qu'il y renonce. On trouverait sensiblement la même conception de l'effet et de la portée limitée de la vestitura dans Beaumanoir, n° 1551, ch.XV. Tome II. p. 285.

Cette réserve: sauf mon droit et d'autrui

Ensaisionement du nouveau vassal par le suzerain.

Possibilité pour le suzerain de refuser l'ensaisinement.

concorde avec ce qui a été indiqué auparavant au sujet du testamentum regis dans la loi Ripuaire; le suzerain pas plus que le roi ne veut être responsable des conséquences d'une transaction erronée dont il ne garantit pas la légitimité. Il transmet le fief tel que le vassal le lui a donné et sans s'inquiéter de savoir si ce vassal en était vraiment propriétaire. Il ne s'agit ici que de la possession; s'il y a lieu de plaider au pétitoire, le procès aura lieu par la suite et sans que le seigneur ait à y intervenir.

On voit facilement le lien de tout ce céramonial avec les formes antérieures, mais on voit aussi qu'il intervient ici un élément nouveau: c'est le suzerain, élément nouveau qui va d'ailleurs modifier la valeur respective de chacune des phases de l'opération.

Il n'y a plus qu'à ajouter un mot au sujet de l'alleu. Il reste soumis en réalité aux errements antérieurs, précédemment étudiés.

Il convient maintenant de dégager les principales conséquences pratiques de l'organisation qui vient d'être indiquée.

Tout d'abord supposons que la convention d'aliénation n'a encore été conclue qu'inter partes. Le résultat de cette convention c'est que la propriété n'est pas encore transférée; il est donc loisible aux parties de s'en repentir et par conséquent d'annuler par une convention contraire leur premier contrat d'aliénation inter partes. Si cette annulation intervient, il ne restera aucune trace du contrat antérieur. C'est en effet ce que laisse entendre Beaumanoir, n° 768, p. 387: "Quant eritages est vendus soit de fief ou de vilenage, li venderes et li acheteres se pueent bien, s'il leur plest, de leur commun assentement repentir avant que saisine de seigneur soit fete, car après saisine fete ne puet li venderes revenir à l'eritage, se n'est par nouvele vente".

Mais s'il en est ainsi sans aucun doute inter partes, qu'advient-il, vis-à-vis du seigneur, du fait de cette convention qui ne subit aucune exécution mais qui pourtant a été conclue? Le seigneur n'a-t-il pas droit aux profits, par cela seul qu'elle a été conclue? La question n'a pas été vraiment soulevée et tranchée dès le XIII^e siècle, puisque du passage de Beaumanoir cité plus haut on ne peut tirer aucune conclusion expresse. La forme générale employée par Beaumanoir pour octroyer aux

Conséquences pratiques du céramonial de la traditio.

Entre les parties.

Droit de se repentir.

A l'égard du seigneur.

Le profit est dû au seigneur dès la convention si elle porte sur une censive.

parties le droit de se repentir permettrait de soutenir que ce repentir doit avoir son plein effet et révoquer la convention antérieure vis-à-vis de tous les intéressés, même du seigneur et de ses profits. Pourtant ce n'est là qu'une interprétation et il n'est pas certain que Beaumanoir l'autorise.

En tous cas l'incertitude ne dut pas durer bien longtemps. La politique des seigneurs, en effet, a toujours consisté, depuis cette époque, à gonfler autant qu'ils le pouvaient l'importance et l'autorité de la convention toute nue, de façon à pouvoir en tirer parti et exiger leurs profits, dès que cette seule convention était parfaite. Ainsi, au XIV^e siècle, le Grand Coutumier nous révèle l'existence d'une transaction sur la question dont voici les termes: s'il s'agit de la censive, le droit du suzerain aux profits qui peuvent résulter de cette aliénation, est acquis dès que la convention est conclue "Quid se l'acheteur ne va point vers ledict seigneur foncier dedans ledict temps accoustumé mais fait accord avec le vendeur par quoy le marché demeure nul: Respondetur que en ce cas de censive si tost que le contract de la vente est fait et accordé véritablement et simplement supposé qu'il n'y ait lettre ne obligation, le droict des ventes est acquis au seigneur supposé qu'ils se désistassent du marché ou feissent accord par quoy il devint nul". (Grand Coutumier, P.267).

Il est probable d'ailleurs que la prétention des seigneurs rencontrait bien quelques résistances, puisque l'auteur se croit obligé de nous dire de quelle manière le suzerain pourra s'y prendre pour arriver à recouvrer les profits qui lui sont dûs: "Et peult avoir le seigneur triple voye de soy faire payer de ses ventes.....

Le droit du suzerain à ces profits, par cela seul qu'il y a eu une convention, ne paraît cependant pas faire doute. Mais il s'agit ici seulement de censive. Le second terme de la transaction c'est qu'au contraire, pour les fiefs (Grand Coutumier p. 273) on voit que si le profit de quint est dû comme pour les censives dès la vente conclue, pourtant le seigneur n'y peut prétendre et ne peut l'exiger qu'autant que la convention a été exécutée. " Et n'est selon la Coutume de Paris, point de temps limité dedans lequel l'acheteur ou le vendeur soient tenus de alier par devers le seigneur car tant comme le seigneur a homme il ne peult assigner à l'héritaige ne n'a

Nécessité d'une exécution si elle concerne le fief.

droit de quint denier jusques à tant que le vendeur s'en aille dessaisir et que l'acheteur en soit saisi". Si le vendeur ne se dessaisit pas, le seigneur bien qu'ayant droit au profit, ne peut pas le réclamer. Il ne le pourra qu'après la démission de foi: c'est justement ce qui permettra plus tard l'usage très répandu du jeu de fief, où le vassal vend son fief, mais sans s'en dessaisir. Dans ce cas il n'y a pas de droit, pas de profit. La situation est donc différente de celle qu'on a acceptée pour les censives. Il en résulte que, pour les fiefs, le droit de repentir du vassal qui vend et révoque sa vente a son plein effet, même vis-à-vis du suzerain, comme Beaumanoir antérieurement nous le laissait supposer.

Mais si aucun repentir n'intervient, chacune des deux parties peut invoquer devant le seigneur la convention qui est intervenue pour contraindre l'autre à l'exécuter. Par conséquent l'acquéreur peut contraindre l'aliénateur au dessaisissement, à la guerpicio faite devant le suzerain. Ceci n'a jamais fait doute; on le retrouve déjà dans Beaumanoir, n° 769, p. 396 "S'il avient qu'eritages soit vendus et la vente creantee a tenir, et li vendores se repent si qu'il veut que marchiés soit nus, il ne puet fere le marchié nul, se ce n'est pas l'acort de l'acheteur. Ainsçois le puet li acheteres fere contraindre qu'il se dessaisisse comme de vente par le seigneur de qui li eritages muet, tout soit ce que li vendores soit couchans et levans dessous autre seigneur". Il pourra donc assigner son vendeur en démission de foi et l'assigner devant le seigneur du bien. C'est ce que signifie la dernière partie du passage de Beaumanoir. La vassal aura beau être levant et couchant d'un autre seigneur, c'est cependant devant le seigneur du bien que l'affaire devra être portée. On trouve la même conclusion indiquée dans le Grand Coutumier (p. 266) où on s'occupe d'ailleurs de censive: "Puis, si le vendeur est refusant de s'en aller dessaisir, que l'acheteur doit aller dedans les huits jours dire au seigneur: Monseigneur, j'ai acheté en votre censive puis huit jours telle vente; mon vendeur est refusant de s'en venir dessaisir, si vous supplie que m'en tenez en souffrance jusques a tel jour , pendant lequel jour je le ferai convenir et contraindre à s'en dessaisir".

Et cela a lieu, nous dit le texte, qu'il y ait des lettres ou qu'il n'y en ait pas. Cela tient tout simplement à l'efficacité complète de la convention entre les parties, même si elle n'a pas

A défaut de repentir l'acquéreur peut contraindre l'aliénateur à la guerpicio.

L'aliénateur peut contraindre l'acquéreur au paiement des prix.

été consignée par écrit.

A l'inverse de même, l'aliénateur peut contraindre son acquéreur à lui payer son prix (Beaumanoir n° 772 p. 997) "aussi comme li acheteres n'est pas tenu à clamer quitte s'il ne li plest, le marchié qui li est convenanciés aussi les venderes ne clamera pas quitte l'acheteur s'il ne veut; mes s'il le veut suir de convenance il le doit suir devant le seigneur dessous qui il est couchans et levant". Il n'y a entre cette hypothèse et l'hypothèse inverse que cette différence qu'en ce cas, quand c'est le vendeur qui attaque l'acheteur pour avoir le prix de vente qui lui a été promis, on considère la dette de l'acheteur comme une dette essentiellement personnelle et par conséquent l'affaire sera portée, non pas devant le seigneur de l'immeuble qui connaît en matière réelle de toutes les causes relatives aux biens de sa circonscription, mais devant le seigneur personnel de l'acheteur, c'est-à-dire celui sur la terre duquel il est levant ou couchant.

Voilà un premier aspect des choses; en voici un second. Supposons maintenant qu'on est allé plus loin dans la conclusion du negotium. Le vendeur a fait sa guerpitio aux mains du suzerain. Dans ce cas l'acheteur et le vendeur peuvent contraindre le seigneur à vestir l'acheteur et cette conclusion est expressément tirée par le Grand Coutumier (pp. 265 et 268), qu'il s'agisse de censives ou qu'il s'agisse de fiefs. "Quid si le seigneur est refusant de recevoir ledict acheteur en saisine ou en souffrance: Respondetur que..... l'acheteur doibt sommer ledict seigneur et luy requerre qu'il le mette en saisine de la chose achetée et s'il le refuse, il le doibt faire adjourner par devant le juge royal et requerre qu'il soit condamné à le mettre en saisine de la chose achetée ou dire cause pour quoy il le refuse." Le seigneur est obligé d'ensaisiner l'acheteur lorsqu'il aura vu le titre de la vente et lorsqu'il aura reçu le prix de ses profits.

Si le seigneur se refusait à cet acte, la sanction serait la perte de sa mouvance, c'est-à-dire que le vassal pourrait aller devant le seigneur supérieur déclarer qu'il y a défaillance de la justice de son suzerain et faire prononcer sa déchéance de la mouvance pour défaut de droit.

Enfin, faisons le dernier pas. Non seulement le vassal s'est desaisi de la terre, mais encore l'acheteur a été investi. Il a prêté foi et hommage

Après l'ensai-
sinement
le vassal
peut exiger
la mise en
possession
réelle.

et il a reçu l'investiture symbolique que l'on connaît. A la suite de cette investiture symbolique, le vassal peut exiger la mise en possession réelle que ne comporte pas nécessairement l'investiture symbolique. Cette mise en possession réelle, il aura toujours le droit de l'exiger et il faut même ajouter qu'elle sera toujours possible parce que, en effet, la guerpitio du vendeur suppose pour pouvoir s'accomplir que le vendeur avait au moins la saisine, c'est-à-dire la possession de la chose. Un vendeur qui n'aurait pas la saisine ne pourrait pas faire la guerpitio. Puisqu'il l'a faite, c'est qu'il en est autrement, dès lors il peut mettre en possession réelle son acheteur.

La vestitura symbolique permettra en outre à l'acheteur d'expluser un simple détenteur; même s'il celui-ci s'autorisait d'un contrat plus ancien avec le vendeur. Ainsi, par exemple, dans nos textes on pose la question à propos d'un fermier qui aurait un bail à longue durée et qui serait en plus installé sur la terre. Malgré ce contrat à longue durée, l'acquéreur aurait le droit d'exiger que le fermier vide les lieux, parce que son titre à lui est supérieur au titre du fermier qui n'est qu'un droit personnel contre le vendeur.

Cette solution est déjà ancienne. On la trouve dans Beaumanoir, (N° 1014 et 1015). Beaumanoir rapporte précisément un procès qui a lieu à l'occasion d'une difficulté de ce genre, n° 1014: "Pierres proposa ainsi, qu'il acheta un eritage et, quant il fu en la saisine du seigneur et il cuya entrer en l'eritage, il trouva que Jehans en estoit en la saisine d'esploitier. Pierres li requist qu'il issist de l'eritage qu'il avait acheté à Guillaume, et Jehans dist que non feroit, car il avait pris l'eritage a ferme au dit Guillaume, avant qu'il l'eust acheté, a années, lesquelles années n'estoient pas encore aemplies, et pour ce qu'il ne se peurent acorder, li dit Pierres et Jehans vindrent en l'assise a Clermont et se mistrent en jugement: a savoir mon se Jehans joirroit de ses années telles comme il les avoit priées a Guillaume avant qu'il vendist l'eritage".

N° 1015: "Il fut jugié que Pierres qui avoit acheté l'eritage et en estoit en saisine de seigneur joirroit de l'eritage pesiblement et le prenroït ou point qu'il le trouveroit sans nul empêchement de la ferme que Jehans avoit prise...."

Voilà la conclusion à laquelle on arrivait déjà au XIII^e siècle. En résumé la propriété est

transférée seulement par la vestitura. Pourtant le droit de surveillance du suzerain et son désir de percevoir les profits poussent dès cette époque ancienne à gonfler la valeur du simple contrat et à en faire de plus en plus le centre même de l'opération du transfert.

Voilà les divers éléments qui sont entrés au cours du XIII^e et du XIV^e siècle dans la formation de la théorie du transfert immobilier. Ces divers éléments qui sont les uns romains, les autres barbares, les autres féodaux ont agi diversement dans les différentes régions de la France et il est indispensable, pour se bien rendre compte de l'état des choses chez nous, tous ces éléments étant connus, de tâcher de déterminer, dans chacune de ces différentes régions, quel est en somme le régime qui a gouverné l'aliénation à travers tous ces siècles.

On étudiera 1^o - La région du Midi, 2^o - la région parisienne et du Centre, en troisième lieu la région du Nord et celle de l'Est, et enfin en quatrième lieu la région de Bretagne.

I^o - La région du Midi.

L'histoire du transfert dans les régions méridionales de la France est caractérisée par deux traits particuliers qui n'étonneront pas. Le premier c'est que la législation est issue du droit romain, qu'elle s'est de plus en plus romanisée à partir de la renaissance, alors que jusque là elle avait subi l'adultération résultant du voisinage des coutumes barbares. Voilà le premier point.

Le second c'est que dans cette région du Midi, les fiefs ont toujours été bien moins importants que dans les régions du Nord. La règle, c'est l'ailleu, de sorte que la théorie de la vestitura féodale est restée dans le Midi sans grande importance, ou tout au moins elle est loin d'en avoir eu une comparable à celle qui lui est attribuée dans le Nord.

Prenons successivement les deux périodes entre lesquelles se divise l'histoire de la législation dans le Midi; la première s'étend jusqu'à la renaissance ibérienne, aux XII^e et XIII^e siècles; la seconde depuis cette époque jusqu'à la fin de notre ancien droit.

Pendant le première période, la tradition est nécessaire au transfert de la propriété, comme elle l'était à Rome. La propriété ne se transfère pas plus, dans cette région, par le simple consentement

Examen de ces règles dans les différentes régions de France.

Caractère romain de cette législation.
Peu d'importance qu'y tiennent les fiefs.

- Avant la renaissance ibérienne.

qu'elle ne pouvait le faire en droit romain. Mais ce qui est marquant, c'est que cette tradition apparaît sous des formes un peu différentes. Elle est altérée, et la chose n'est pas surprenante, par des tendances symboliques germaniques et aussi par l'introduction d'éléments que le droit romain ignorait et qui sont bien d'origine germanique, je veux dire la *guerpitio* qui s'ajoute à la tradition pour la compléter et qui arrive même souvent, dans la pensée des populations, à en faire partie.

La traditio cartae. Au point de vue symbolique, tout d'abord, la tradition est opérée souvent par la livraison de l'écrit qui contient le contrat d'aliénation. Nous l'avons rencontrée aussi au Nord et dans la période franque; c'est ce que l'on appelle la traditio cartae. L'acte est rédigé par un scribe ou par un notaire ou quelque officier public. Les notaires ont réapparu dans le Midi avant de réapparaître dans le Nord.

La traditio de la cède. Dans la région de Toulouse la pratique s'est un peu plus compliquée. On a usé de ce que l'on a appelé par la suite le "bail de la cède". Il comporte la tradition du contrat de vente, mais en plus la tradition de la plume du notaire qui a écrit l'acte. C'est là encore un développement du même symbolisme. L'acquéreur, muni ainsi de l'acte, de la carta et de la plume, peut obtenir, ou de bon gré ou judiciairement la mise en possession réelle, dont il est d'ailleurs très peu question dans nos actes. cette mise en possession réelle s'accomplissant la plupart du temps sans qu'il en reste de trace écrite. En Italie, la tradition de l'acte écrit est même qualifiée parfois de corporalis traditio, ou bien elle est déclarée équivaloir à la corporalis traditio (Cf. Biermann, *Traditio facta*, pp. 28 etss. notamment des actes italiens, Fantuzzi, Tome I, n° 5, 7, III, II2; Tome II, n° 27, 45.) Voici la formule qu'on y trouve: "Presenti die liceat vobis introire atque ingredi per hanc paginam donationis..... traditam tanquam per legitimam et meam corporalem traditio nem...." Qu'il vous soit donc permis d'entrer sur ce bien par cette pagina, par ce titre de donation, qui a la même valeur que si je vous avais fait moi-même la corporalis traditio.

La traditio corporalis ramenée à une traditio symbolique. C'est à peu près tout ce qu'on peut signaler dans cette première période, qui n'offre pas au point de vue juridique un bien grand intérêt. Elle ramène la traditio corporalis romaine à une tradition symbolique.

La deuxième période est régie par les

2. Après la renaissance,
œuvre des glossateurs.

glossateurs qui vont ramener au jour la tradition réelle qui était tout de même la règle essentielle dans la législation romaine. On trouve les traces de cette tentative de retour notamment dans quelques gloses: Code de Justinien , VII,32, loi 4, glose non possit: "duntaxat naturalis possessio appellatur possessio. Verum juris artificio et figmento, contra naturalem causam, reique veritatem meram, is dicitur possidere qui non possidet". On n'appelle donc possessio que la possessio naturelle (et non pas la possession civile) mais par l'artifice du droit et par la fiction qui est contre la nature et contre la pure vérité, il arrive qu'en dise posséder celui qui ne possède pas, (c'est-à-dire celui qui n'a été investi que par une tradition symbolique, sans qu'il ait encore pris possession réelle de la chose.)

De même encore, au Code de Justinien, VII 32, c.I. dans la glose "intervenerit" "Et est alia possessio quae habet plurimum facti quam juris, ut ea quae per nos acquiritur, nam oportet quod corporalis sit apprehensio quae est facti"... Il existe une autre possession qui contient plus de fait que de droit... Il importe que l'apprehension soit corporelle pour que la chose soit acquise et la possession transmise, car c'est la seule qui est de fait". Elle s'oppose à l'apprehension juris qui était contenue dans la glose précédente.

Il n'est donc pas douteux, et la chose est d'ailleurs naturelle, que les glossateurs ont fait effort pour revenir à la tradition réelle et échapper aux usages de tradition symbolique qui s'étaient répandus pendant la période antérieure. Mais il n'est pas surprenant non plus que cette réaction romaniste ait été obligée de tenir compte des usages pratiqués alors et d'accepter elle-même des transactions en opposition avec son principe.

Ainsi la glose, tout en formulant d'une façon générale son désir de retour à la tradition réelle est obligée pourtant de reconnaître que, par exception, la possession peut s'acquérir solo animo: Dig. 4I.2.3. § I glose animo: "in casibus etiam solo animo acquiritur: primus propter rei presentiam; secundo proper custodis appositionem.... quartus per traditionem instrumenti (c'est la traditio cartae)".

Ainsi la possession peut dans certain cas, et par conséquent la tradition, s'opérer solo animo, mais voici quels sont ces cas dans lesquels on accepte la traditio animo.

Efforts pour revenir à la tradition réelle.

Cas dans lesquels on accepte la tradition animo.

I^o- Lorsque la chose est là, on estime que le simple fait de traiter à son sujet entraîne la tradition. Il n'est pas nécessaire de faire la livraison, la chose en effet va de soi; - quand on place un gardien, on est censé prendre possession; - ou dans le cas de la traditio cartae; les glossateurs eux-mêmes n'ont pas pu prévaloir sur les errements antérieurs, il en est de même dans Azo que l'on peut consulter sur la même loi. Enfin on admet l'usage du constitut possessoire: le vendeur s'en déclare possesseur au nom et pour le compte de l'acquéreur (Cf. Azo, Summa codicis, Liv. VII, Tit. 32 ed. petit In 4^o Lyon, 1540, F^o, 190 r^o) Ce constitut possessoire est très pratiqué à cette époque et il est mentionné dans un très grand nombre d'actes ainsi notamment dans les actes du notaire Rolandinus Passagerii dont le formulaire a eu une très grande diffusion à partir du XIII^o siècle. Voici sa formule: "quam rem venditor se emptoris nomine constituit possidere, donec ipsius rei possessionem acceperit corporalem". Le vendeur se constitue possesseur au nom de l'acheteur jusqu'à ce que celui-ci ait la possessio corporalis.

Voilà l'état de choses encore un peu confus qui se rencontre pendant toute la durée des premiers glossateurs. On sait que dès le XIII^o et le XIV^o siècle les post-glossateurs ont différé de leur prédécesseurs en ce qu'ils ont essayé de construire en doctrine les solutions que ceux-ci avaient antérieurement élaborées une à une, et voici la construction doctrinale très subtile qu'ils ont tentée à cette époque.

I^o- Tout d'abord ils maintiennent la vieille règle qu'il n'y a pas de transfert solo consensu; la clause "vendidit et tradidit" insérée dans l'acte est donc en principe insuffisante au transfert de la propriété.

Mais 2^o- sous le nom de traditio ficta, ils en reviennent presque complètement à une tradition symbolique qui voisine de très près avec la tradition barbare. Pour concilier cette tradition symbolique avec les usages romains qui l'écartaient, ils ont recours à une analyse un peu singulière; pour que la traditio, même symbolique, soit efficace, il faut tout de même qu'un lien corporel s'établisse entre l'objet et l'acquéreur. C'est le principe romain; les Romains ne concevaient la naissance de ce lien que par la mainmise matérielle, ou pour parler plus exactement encore ils trouvaient que l'appréhension matérielle se traduisait plus volontiers dans l'ac-

Construction doctrinale. Les post-glossateurs.

Nécessité d'une traditio corporalis mais ce peut être une traditio ficta.

te du pied qui occupe le bien, puisqu'ou voit tel texte de Paul où Paul n'hésite pas à faire venir la possession du fait de mettre le pied "pedem" sur l'objet. Les post-glossateurs considèrent que le pied ne saurait avoir seul cette prérogative et qu'il y a lieu tout aussi raisonnablement d'accorder la même faveur à tous nos sens, ou à tous nos membres qui ont pour eux la même force d'appropriation. Ainsi, par exemple, la main interviendra dans la tradition des clefs, c'est parce que la main prend les clefs, on prend possession, que la traditio symbolique ici sera considérée comme valable.- De même les yeux, lorsque le tradens montrera de loin à l'acci-piens l'immeuble qu'il veut lui livrer, celui - ci en prendra possession par ses yeux.- De même encore ils acceptent la traditio intellectu, par l'intelligence; c'est dans cette catégorie qu'ils font rentrer l'appropriation par la traditio instrumenti. On continue donc à dire qu'il faut un actus corporalis, mais un actus fictus suffit.

De même encore, ils appellent quasi traditio le cas où le contact de l'acquéreur avec l'objet s'établit sans l'intervention de l'aliénateur, sans que la volonté active de celui-ci y soit pour rien. On dit dans ce cas qu'il y a traditio de la part de l'aliénateur, patientia, par sa tolérance.

Efficacité complète du constitut possessoire.

Ils acceptent enfin, l'efficacité complète du constitut possessoire. Ce qui différencie leur doctrine de la doctrine romaine, c'est que ce constitut possessoire interviendra sans même qu'il y ait aucune cause qui justifie son emploi. Ainsi, par exemple, on comprend aisément le recours au constitut possessoire lorsque le vendeur conserve l'usufruit de la chose, ou bien encore lorsque le vendeur devient le fermier de son acheteur et par conséquent doit conserver, une fois la convention exécutée, la détention de la chose. Il est inutile de procéder à une tradition réelle, parce que il faudrait pour le jeu même des contrats, en bonne logique, se livrer à une série de transferts inverses et successifs qui s'annulleraient l'un l'autre. Mais si l'on comprend la légitimité du recours au constitut possessoire quand la nature même des opérations juridiques l'impose, son emploi devient par contre artificiel et ne sert qu'à tourner la nécessité légale de la tradition réelle quand les tractations en cours n'aboutiraient pas nécessairement, une fois terminées, à laisser l'aliénateur en possession. Or, les post-glossateurs

en ont généralisé sans limite l'usage à tel point que le constitut possessoire vaudra même dans tous les autres cas, il suffit d'une simple déclaration devant notaire, pourvu seulement que le vendeur soit en possession lui-même. Et ainsi le constitut possessoire, dans le Midi, devient une clause de style qu'on introduit dans tous les contrats de transfert et qui mène tout droit au transfert par le simple consentement. Voilà comment, dans le midi, on s'est ainsi acheminé vers les conceptions modernes sous lesquelles nous vivons aujourd'hui; Voilà la courbe générale de cette histoire.

Toutefois il faut dire qu'il y a eu, dans certaines régions du Midi, parfois des réactions locales. Ainsi une des plus intéressantes est celle de la Coutume de Toulouse, art. 93. On va voir par lui comment, dans certains cas, ces coutumes locales ont essayé de conserver quelque chose de cette matérialité du transfert à laquelle les Romains tenaient tant autrefois.

Résistance
de la Coutume
de Toulouse
qui exige un
transfert
matériel pour que
la vente d'un
bien noble
soit opposa-
ble aux tiers.

Cet art. 93 de la Coutume de Toulouse parle de la vente d'un bien noble, naturellement d'un immeuble. La vente doit avoir lieu par un contrat public, par devant notaire. L'honor habetur pro tradito.... si tempore venditionis venditor possidebat", si au temps de la vente, le vendeur possédait lui-même la chose, c'est la règle contraire au droit romain que la doctrine a fait admettre. L'acquéreur pourrait prendre possession matérielle de la chose. Cela suffit pour qu'on répute le transfert accompli. On admet la validité de ce transfert sans aucune apparence de transmission matérielle. Mais on en limite l'efficacité et c'est la réaction que je veux souligner. Si par hasard, une vente postérieure à la première intervient et que le second acheteur soit mis en possession réelle de la chose alors que le premier acheteur n'y est pas encore, le résultat du conflit tournera contre celui qui n'est pas en possession matérielle. C'est le dernier acheteur qui sera considéré comme préférable au point de vue de la possession et au point de vue de la propriété. On dégage ici cette distinction que notre droit français du Code de 1804 a conservée entre l'acquisition entre les parties et l'acquisition vis-à-vis des tiers. Si dans la Coutume de Toulouse, quand il n'y a pas eu transfert matériel de l'immeuble on ne veut pas que la transmission soit opposable aux tiers, c'est qu'elle n'est pas parfaite et que, dans cette mesure, on

maintient encore les errements romains.

De même le Parlement de Toulouse semble avoir résisté dans ses arrêts aux abus des traditions feintes et n'avoit, lui aussi, reconnu à cette tradition feinte d'effet qu'entre les parties et non vis-à-vis des tiers, ce qui amène exactement à la même conclusion que l'art. 93 de la Coutume de Toulouse, (Cf. Boutaric, Institutes de Justinien, p. 160), mais Boutaric le dit à propos des meubles et non pas des immeubles. Cf. Soulatge. Cout. Toulouse, p. 235.

La Coutume de Grenoble accepta d'abord la doctrine libérale des post-glossateurs, celle qui étendait le domaine de la traditio ficta et du constitut possessoire, (ainsi Guy Pape, question II2). Mais un peu plus tard Ferrerius se fonde, lui, sur un arrêt du 14 Janvier 1569, pour arriver à la même distinction que la Coutume de Toulouse et que le Parlement de la même ville; il y arrive en se fondant aussi sur des textes romains et par interprétation de la loi Quoties, (Code III.32.15).

Voilà dans quelle mesure, dans le Midi, tout en acceptant ainsi les doctrines des post-glossateurs, on a cependant réagi dans un sens qui nous amène à la porte même du C.C.

Tout ce qui vient d'être dit pour le Midi de la France a été élaboré pour les alleux.

Pour les fiefs, on appliqua à la vestitura par le suzerain les mêmes principes qui avaient été dégagés relativement à la tradition. De sorte que cette vestitura elle-même put conserver son caractère symbolique, comme dans le Nord de la France. A Toulouse notamment, le bail de la cède et l'acte par le suzerain suffisent pour transférer la propriété, (Cf. Soulatge, p. 237).

En réalité tout ce développement assez subtil amène à la suppression à peu près complète de la traditio réelle et à la confusion de cette tradition dans le contrat d'aliénation. De sorte qu'il n'est pas étonnant que nos conseillers d'Etat qui ont participé à la rédaction du C.C. et qui appartenaient au Midi de la France, aient fort volontiers accepté la réglementation que le Code Civil leur proposait: c'était sensiblement la même que celle qu'ils pratiquaient.

Suppression
à peu près
complète
de la tra-
dition
réelle.

Région centrale et parisienne.

Au XIV^e s., nécessité du devest: même avec des formalités atténuées.

La réglementation de la région centrale et parisienne constitue le droit commun. Les théories féodales y ont eu une portée plus grande qu'ailleurs. Cela tient peut être à la domination de la règle: *Nulle terre sans seigneur*. Au XIV^e siècle, la nécessité de la double cérémonie du devest et vest est encore imposée. Grand Coutumier, II.19. p. 233. Ni la tradition *cartae* ni le constitut possessoire ne suffisent à parfaire le transfert. Toutefois, dès cette époque, de l'aveu même du Grand Coutumier, cette règle a déjà subi une double dégradation. La première c'est que le devest aux mains du suzerain est possible par lettres ou devant témoins. On en a donc diminué les formalités pour une raison de commodité. Le Seigneur n'avait aucune bonne raison de s'y opposer, puisque le devest lui rend la possession du bien. Pour sauvegarder ses profits, il lui suffit de conserver le bien entre ses mains, une fois le devest accompli.

L'ensaisinement n'est nécessaire que pour le fief.

En outre, dans le transfert de la censive, dès le XIV^e siècle, il n'est plus nécessaire de procéder à l'ensaisinement. On admet la règle que l'on trouvera dans la Coutume de Paris que "ne prend saisine qui ne veut". Cette règle qui dispense l'acquéreur de la saisine et du recours au seigneur est plus grave pour le seigneur, mais une poussée a pu être opérée en ce sens par toute la population et les profits étaient ici moins intéressants pour le seigneur qu'en matière de fief, (8% au lieu de 25%). En même temps les services de la censive sont d'une importance beaucoup moindre.

Au XIV^e siècle l'ensaisinement ne reste donc plus nécessaire que pour le fief, mais il le reste encore dans cette limite. C'est exactement l'état de choses qu'on trouve encore au XIV^e et au XV^e siècles. Cf. Coutumes notoires de Jean Desmarest, Ch. 72: "aucun ne peut être propriétaire s'il n'est ensaisiné réellement et de fait par le seigneur d'icelle propriété ou par des gens dudit seigneur sous qui elle est." "Et vera est consuetudo excepto in censu (cette règle ne s'applique donc que sous réserve des censives car par la condition des lettres, la seigneurie des censives s'acquiert sans être vêtu par le seigneur". La Coutume de 1510 formule la même règle art. 56: Il ne prend saisine qui ne veut.

Voilà où en est lors de la rédaction

des Coutumes. Depuis la nécessité de l'ensaisinement et ses effets, même en matière de fief, ont été en s'affaiblissant, sans pourtant que l'ensaisinement ait complètement disparu. C'est sur cet affaiblissement que je dois donner quelques explications. Il serait difficile de suivre pas à pas les changements de la théorie de l'ensaisinement dans la mesure où il s'applique à l'acquisition de la propriété. Au lieu de les examiner fragmentairement dans l'ordre chronologique, il est plus clair de dire d'abord l'état exact des choses à la veille de la Révolution.

Nous mesurerons bien ainsi la différence entre les deux époques et nous chercherons ensuite comment ces changements se sont opérés. (Sur tout cela Cf. M. Olivier Martin, Coutume de Paris T.II.)

Les auteurs du XVIII^e siècle ne parlent pas de l'ensaisinement et de la vestitura

A la fin du XVIII^e siècle, à la veille de la Révolution, quand on consulte les auteurs de cette époque, Pothier, Guyot, Poquet de Livonnière etc.. quelque chose frappe, c'est que dans toutes les théories qu'ils présentent, il n'est pas question de la vestiture, de l'ensaisinement, on ne traite pour le fief, que des droits du seigneur à la foi , à l'hommage, au dénombrement, au profit de quint ou de rachat et aux sanctions qui y sont attachées, commise et saisisse. Tel est le plan du Traité des fiefs de Pothier. Aucune partie du traité ne se rattache à l'ensaisinement et à la vestitura dont le nom est à peine prononcé.

On croirait donc qu'elle a disparu et chez un des rares auteurs qui en parle, Billecoq, (Principes sur les fiefs, Ch. I7, p. 91), on voit qu'il se borne à dire à son sujet qu'elle se confond désormais avec la foi et l'hommage, ce qui ne peut nous surprendre. C'est la seule observation qu'il nous présente. De même on retrouve la vestitura ça et là dans de rares coutumes comme Péronne, Montdidier, Roye que Billecoq nous indique en signalant quels sont les effets de cette vestitura dans la coutume où il en est question. Cette vestitura a pour effet de faire courir le délai octroyé pour l'exercice du retrait, qu'il s'agisse de retrait féodal ou de retrait lignager et dans ces coutumes conserve encore, comme aux XV^e et XVI^e siècles cet effet de faire acquérir pleinement la propriété. Mais c'est là une réglementation tout à fait exceptionnelle qu'on croirait presque archaïque. Dans l'ensemble de nos Coutumes il est permis de la négliger pour s'en tenir à ce que rapporte la Coutume de Paris. L'art.

C'est la notification du contrat de vente qui fait courir le retrait lignager.

20 de Paris, en effet, à propos du retrait, fait partir le délai du retrait non pas du tout de l'investiture ou de la démission de foi, mais de la notification de la vente faite par le vassal qui dans le mécanisme du transfert de propriété remplace la démission de foi: "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, et les loyaux coustement dedans quarante jours après qu'on lui a notifié ladite vente et exhibé les contrats, si aucun en y a par écrit, et d'iceux bailed copie".

C'est seulement cette formalité qui fait courir le délai du retrait. Pour le retrait lignager, qui devait d'après Billecoq courir aussi à partir du moment même de l'ensaisinement dans le Traité des Retraits de Pothier, L. I, ch IV. Tit. IV, p. II9), le moment où le délai extinctif du retrait commence reste bien un peu incertain. Mais en hésite entre deux autres dates dont aucune n'est celle de la démission ou celle de la vestitura; l'une est la date du contrat et l'autre fait partir ce retrait du jour de la traditio, parce que c'est celle-ci qui parfait l'exécution du contrat et le transfert (cf. pp. II9 et ssq. N° 121.) C'est, déclare Pothier, une question discutée; Du Moulin préférât prendre pour point de départ le moment du contrat, tandis que Pothier, sans aller jusqu'à prendre pour point de départ le moment de la traditio déclare qu'on peut hésiter et que la solution est discutée. Mais de vestitura, il n'est pas question.

De même, la question du transfert de la propriété du fief ne fait dans son traité l'objet d'aucun examen.

Absence de règles particulières au fief pour le transfert de propriété.

Au point de vue du transfert, il n'établit aucune règle particulière en matière de fief et il applique au fief les règles considérées par lui comme générales et qui s'appliquent à la censive. Cette absence de règle particulière au fief laisse à entendre que la réglementation du fief se confond sur ce point avec celle de la censive. Dans son traité du Domaine de propriété, à propos de l'examen du transfert, il n'est pas non plus question d'investiture. Le seul élément général nécessaire que Pothier invoque pour le transfert est, comme à Rome, la traditio. La traditio est la translation qu'une personne fait à l'autre de la possession d'une chose et qui entraîne, quand les parties le veulent, le transfert de

propriété. Et il distingue les différentes espèces de traditio: la traditio réelle, la traditio symbolique, la traditio brevi manu, longa manu, (p. 193); enfin il y a des traditions feintes qui résultent de certaines clauses apposées aux actes de donation, de vente et autres actes semblables, (p. 204). Il les examine par la suite: constitut possessoire, rétention d'usufruit, prise à ferme par l'aliénateur et la clause bien connue de dessaisine saisine, très répandue dans notre région et dont il est question aux pp. 204 et ss. Cette clause n'a pas été prévue expressément par la Coutume de Paris, mais on la rencontre dans l'art. 278 d'Orléans. A propos de cette clause de dessaisine saisine qu'on insère dans les actes de transfert de propriété, Pothier déclare que c'est une espèce de tradition feinte qui se produit par son effet. Pour que la traditio feinte résulte bien de la clause et entraîne transfert de propriété, il faut trois conditions.

1°- Que cette clause soit interposée par un acte reçu devant notaires; car c'est de la solemnité de l'acte et du caractère de l'officier public qui l'a reçu, que la clause a la vertu de passer pour une tradition qui équivaut à la tradition de fait. Il faut,

2°- que le vendeur ou donneur qui déclare, par l'acte, se dessaisir de la chose, et en saisir l'acheteur ou donataire, soit, lors de l'acte, en possession réelle de cette chose, car la fiction imite la vérité. De même qu'il n'est pas possible que quelqu'un se dessaisisse réellement d'une possession qu'il n'a pas, et en saisisse une autre personne, on ne peut, par la même raison, feindre qu'il s'en soit dessaisi, et en ait saisi quelqu'un.

Il faut 3°- que, depuis l'acte, le vendeur ou donneur ne soit plus demeuré en possession de l'héritage et qu'il l'ait laissé vacant, de manière que l'acheteur ou donataire eût la faculté de s'en mettre en possession quand bon lui semblerait.

Voilà les trois conditions nécessaires pour que cette clause opère tradition. Quand elles sont réunies le transfert est accompli, mais dans son traité du domaine de propriété Pothier ne parle nulle part de vest ou de devest, du moins jamais pour exiger l'intervention du suzerain.

Si donc à première vue on est saisi par cette absence de renseignements sur l'ensaisinement, une étude plus serrée de son analyse du transfert même

La traditio
et ses diffé-
rentes for-
mes.

Ce transfert
a lieu par
la seule tra-

ditio, l'intervention du suzerain n'est pas nécessaire.

à conclure que pour Pothier le transfert a lieu par la seule traditio. C'est la solution du Centre de la France admise par tous les auteurs de cette époque. Il n'y a quelques divergences entre eux que sur l'effet de la traditio symbolique et des clauses qui peuvent être insérées dans le contrat. Si on suppose que le vendeur est malhonnête ou ignorant et qu'après avoir opéré selon le mode que nous indique Pothier, après avoir vendu sa chose en insérant dans l'acte la clause de dessaisine saisine ce vendeur malhonnête vend la même chose à un autre et au lieu de se borner à lui faire la tradition feinte par la clause de dessaisine saisine, lui en fait au contraire une traditio effective, on se demande en examinant le conflit qui va s'élever entre ce deuxième acquéreur qui a la possession matérielle et le premier acquéreur qui a reçu le premier la tradition feinte, mais qui n'est pas en possession réelle, lequel des deux rivaux il y aura lieu de déclarer propriétaire.

C'est seulement sur ce point qu'une discussion s'est produite et que les auteurs restent indecisis. Pothier considère comme préférable le droit du premier traitant et donne plein effet à la tradition feinte la faisant prévaloir contre une tradition réelle postérieure. Ferrière et Guyot préfèrent au contraire le deuxième acquéreur, celui qui a reçu tradition réelle parce qu'ils en sont restés, à l'encontre de Pothier, à la théorie plus ancienne et plus romaine que ce qui transfère la propriété c'est non pas la traditio feinte, mais la traditio réelle. Voilà le seul domaine de la controverse. Dans tout cela, en le voit, il n'est plus question de vestitura et par ailleurs elle a aussi pleinement disparu. Au XVIII^e siècle, dans la région parisienne, on peut donc dire pour le fief comme pour la censive, que l'entremise du suzerain pour le transfert de la propriété même du fief n'est plus nécessaire. L'état est sensiblement le même, en somme, qu'au Midi sous des formes un peu différentes; la clause de dessaisine-saisine y remplit le rôle du constitutif possessoire. C'est pour cela qu'au moment de la rédaction du C.C. il n'y a eu aucune difficulté à admettre le transfert par la simple convention en sous-entendant simplement dans l'acte la clause de dessaisine-saisine.

Comment s'est faite la transformation du XVI^e au XVIII^e siècle?

Les choses ont donc bien progressé du XVI^e siècle au XVIII^e s. Reste à voir comment s'est produit ce changement dont nous ne prétendons pas suivre pas à pas les progrès, mais comment l'expliquer? Ce changement suppose la désuétude de la

démission de foi, la désuétude de la vestitura par le seigneur et enfin le triomphe d'une théorie du transfert civil indépendant de l'intervention du suzerain.

La nécessité de la démission de foi est écartée.

1^o- La nécessité de la démission de foi dût être écartée assez vite chez nous. En effet dès Beaumanoir il était possible d'imposer la démission de foi au vendeur malgré lui. Il suffisait que l'acquéreur muni de son titre allât trouver le suzerain et lui demandât de le saisir et assignât le vendeur en démission de foi devant lui. Il n'y a pas loin de cet état de chose à cet autre où, à défaut de démission de foi par le vendeur, on suppose que cette démission s'est opérée d'elle-même puisqu'elle était obligée. Quand on put suppléer à son omission, elle ne tarda pas à disparaître. Elle se confondit très facilement avec la prestation de foi et hommage. Puisque le suzerain autorisait la foi et hommage, c'est que la démission de foi avait été obtenue ou qu'on la tenait pour faite.

Disparition de la vestitura.

Entre les parties la mise en possession réelle supplée à la vestitura.

2^o- Cela suppose aussi la disparition de la vestitura. La chose fut plus longue et le progrès moins apparent: cette vestitura perdit peu à peu tout son intérêt et tout le monde se mit alors à n'en plus parler. Originairement, cette vestitura avait plusieurs effets. Elle mettait l'acheteur en saisine, lui faisait donc acquérir la possession du fief et en même temps la propriété quand telle était la volonté des parties.- 2^o- Elle servait de point de départ au délai du retrait féodal ou lignager. Quant au premier point (transfert de la possession et de la propriété), nous avons vu que c'est de bonne heure qu'on accepta pour la censive que ce transfert de propriété et de possession pût être remplacé au moins entre les parties, par la mise en possession réelle. Celle-ci n'avait pas pour effet immédiat de faire acquérir la propriété, mais elle avait pour effet de faire courir le délai d'an et jour qui, lui écoulé, devait donner à cette traditio le même effet qu'à l'ancienne vestitura. Dès le XV^e siècle un mouvement correspondant se produisit pour le fief mais plus complexe et plus caché. On en vint à considérer que en laissant de côté le rapport de subordination entre vassal et suzerain qui restait réglé par la foi et l'hommage dans les rapports entre acquéreur et aliénateur, la vestitura pourrait être supplée aussi par la mise en possession réelle suivie du délai d'une année. Les seigneurs ne firent aucune résistance à cette interprétation et même ils y poussèrent: elle ne les intéressait que dans la mesure où leurs profits pouvaient y être mêlés. Originai-

rement ces profits étaient le prix de la transmission solennelle de la propriété par la vestitura. Il était bien plus avantageux pour les seigneurs ou de les rattacher, si cela était possible, non plus à la transmission de la propriété mais au contrat qui la justifiait, notamment au contrat de vente et à sa conclusion plutôt qu'à la transmission réelle qui en était l'exécution, c'est ce qui se produisit pour le profit de quint. Ou bien si ce rattachement offrait trop de difficultés, il n'y avait qu'à hâter le transfert de la propriété en considérant pour sa réalisation la vestitura comme superflue et la tradition réelle comme suffisante. C'est ce qui se produisit pour le profit de rachat. Les seigneurs avaient tout intérêt à faire remonter le plus loin possible le moment où la mutation était réputée accomplie, puisque du même coup ils faisaient remonter celui où les profits leur étaient dus. Et c'est ainsi que leur intérêt pécuniaire les mena à accepter cette règle que, entre parties, la propriété se transfère du jour de la simple convention ou au moins de la traditio réelle ou feinte.

L'intérêt des seigneurs sépare la perception des profits du transfert de la propriété et la rattache à la conclusion du contrat, inutilité de la vestitura.

En ce qui touche au profit de quint, la doctrine qui rattache le profit à la vente et non pas à la mutation fut facilement dégagée du texte même des coutumes. Il suffit de se reporter à la Coutume de Paris de 1580 pour le constater, Paris, art. 23: "Quand un fief est vendu ou baillé à rente rachetable, l'acheteur doit payer le quint denier du prix, ou sort principal de la rente encore qu'elle ne soit rachetée."

C'est lorsque le fief est vendu, c'est-à-dire du contrat de vente, que résulte le droit au profit et non plus de la transmission de la propriété. A la fin du XVIII^e siècle c'est une règle unanimement acceptée. Cf. Pothier. Traité de fief. T.I. p. 33I: "Ce qui donne ouverture au profit de quint c'est la vente du fief" et il déduit rigoureusement du principe toutes ses conséquences. En ce qui touche au profit de rachat d'ailleurs bien moins fréquent, la doctrine resta attachée au principe ancien que c'est la mutation et non le contrat qui engendre le profit. Pothier le proclame (Fiefs. p^e II. Ch. I. sect. I, 2^e règle, édit. in 16, tome II. p. 3.) "Cette règle est encore tirée de Du Moulin, dit-il. C'est en effet à Du Moulin qu'on doit la différence établie entre les deux profits (Du Moulin § 33, gl.I, N° I et IO).

La question du profit du seigneur se trouva en fin de compte, liée à celle du transfert de la propriété. Et elle pesa sur cette dernière pour l'affranchir des formes féodales désuètes et pousser

Rapprochement entre le fief et la censive.
Théorie civile du transfert indépendante de la théorie féodale.

nos coutumiers à dégager une doctrine purement civile du transfert, de plus en plus proche de la théorie romaine - Tout cela fut élaboré au XVI^e siècle. Du Moulin (sur la Coutume de Paris, art. 20, glose 3, n° 73 § II. T. I, pp. 315 et 317; glose 5 sous le même article 20, n° 14 T.I. p. 326), est le premier qui s'en soit occupé. Il en arrive à admettre que la propriété se transfère pleinement par la tradition vraie ou feinte sans plus faire aucune différence entre fief et censive. La conclusion de tout ce mouvement se trouve dans Pothier qui fait pleinement retour aux notions romaines, si bien qu'il ne connaît plus aucune trace de la vestitura.

Quand une théorie indépendante du transfert se fut ainsi constituée, la vestitura perdit peu à peu tous ses autres intérêts. L'art. 20 de Paris fait courir les délais de quarante jours du retrait féodal de la notification du contrat. Le point de départ du retrait lignager se rattachait primitivement aux cérémonies féodales; on remarqua contre lui pour combattre ce point de départ ancien (et déjà la lutte commence sous Du Moulin) que cette vestitura féodale n'engendrait aucune publicité pour les parents et n'était pour eux d'aucune valeur, il n'y avait donc aucune raison de rattacher pour eux le délai de retrait à cette cérémonie qu'ils ignoraient. Du Moulin plaisante les juges seigneuriaux qui avaient conservé registre de ces vestituras et qui auraient dû pousser les parents à les consulter et les accusé de mettre tout leur soin à les tenir secrets. C'est donc faute d'un régime utile de publicité que ces cérémonies apparurent sans intérêt et désuètes.

La vestitura dé-
pouillée au
XVIII^e.
de ses in-
térêts ci-
vils .

Au XVII^e siècle on discute encore du point de départ du délai du retrait mais personne ne parle plus de vestitura. On hésite entre le jour du contrat (Du Moulin hanté par le désir de reporter sur le contrat lui-même toute la substance du transfert) et le jour de la traditio qui comporte, surtout quand elle est réelle, une certaine publicité en soi. Pothier, Traité des Retraits, pp. 119 et ssq. signale, ici encore, l'opinion de Du Moulin et après avoir exposé, contrairement à Du Moulin pourquoi le point de départ de la traditio pourrait être considéré comme plus satisfaisant, il s'en tient pourtant à la pratique la plus répandue du jour du contrat.

Cette vestitura est donc dépouillée au XVIII^e siècle de tous ses intérêts au point de vue civil. Elle n'intervient plus qu'au point de vue féodal et encore se confond-elle avec la foi et hommage,

de sorte que la plupart du temps il n'en est plus question.

La vestitura féodale a donc fini par disparaître pour les fiefs comme pour les censives, quoique plus lentement. Au moment de la Révolution il n'en est plus question.

Elle n'a laissé de trace que quand il s'agit de la prestation de la foi et hommage à laquelle elle est jointe. La propriété et la subordination féodale se sont si bien séparées l'une de l'autre que dans les derniers siècles se répandit abondamment une pratique singulière, celle du jeu de fief. Elle a ceci de particulier que c'est une aliénation du fief consentie par le vassal sans que celui-ci renonce à sa mouvance. Le vassal aliène en quelque sorte le contenu de son fief mais en conserve le soutien féodal. C'est le jeu de fief. Il est probable qu'on y a eu recours d'abord pour ne pas payer les profits. Du temps que les profits étaient la conséquence du changement de propriété, la convention d'aliénation avait beau intervenir, si elle n'était pas suivie de transfert il n'était pas dû de profit, et des gens habiles aliénaient ainsi leur fief sans aucun profit de mutation puisqu'ils en conservaient la mouvance. C'était le jeu de fief sans démission de foi. Les seigneurs s'en aperçurent et se mirent bien vite à souder les profits non plus au transfert de propriété mais au contrat de vente lui-même. Ils firent accepter que les profits seraient dûs, même quand il n'y aurait pas démission de foi, par cela seul qu'il y aurait eu aliénation et contrat de vente. Cet exemple suffit à montrer à quel point tout cet édifice un peu formaliste du fief est devenu artificiel. Ainsi disparut, même au Centre, tout le mécanisme de la propriété féodale. La situation n'y était pas, à la fin de notre ancien droit, sensiblement différente de celle du Midi.

La législation des pays du Nord

et de l'Est.

Ces pays sont ordinairement appelés pays de nantissement ou de devoirs de loi. La législation qui leur est particulière s'inspire à la fois de celle de l'ensaisinement féodal rendu efficace par un système de publicité dont la surveillance passe souvent du seigneur disparu à un organisme local ou royal et concerne une certaine survivance de quelques symboles qui remontent jusqu'à l'époque franque. Ces Cou-

Ces coutumes exigent pour parfaire le transfert un ensaisinement public résultant d'un acte judiciaire.

Déclaration du contrat par l'aliénaire faites souvent dans un acte notarié.

tumes exigent pour parfaire le transfert de la propriété l'intervention d'un acte judiciaire qui opère essentiellement public: nantissement, devoir de loi, main-mise, main assise, mise de fait, etc... Tous ces noms varient suivant que la publicité a lieu devant l'officier seigneurial, municipal ou un juge royal. Le résultat géographique de ces pays comprend les Pays-Bas, la Flandre, le Boulonnais, la Picardie, Saint-Quentin, Senlis, Reims, le Vermandois.

Comme premier caractère, ces Coutumes ont celui d'opérer le transfert de propriété par un acte judiciaire. Devant quel juge va-t-il s'accomplir? Cela varie suivant les pays et suivant la nature des biens. Ainsi pour le fief il va de soi que la publicité nécessaire à la transmission a lieu devant la cour féodale, son assemblée est présidée par le bailli et se compose d'hommes de fief, en nombre variable (deux à sept). Pour le transfert d'une roture, c'est la cour échevinale qui est saisie c'est-à-dire la cour de l'une des municipalités. Elle est parallèle à la cour féodale et est présidée par le maire ou le prévôt du seigneur, lesquels sont entourés de ce qu'on appelle les censitaires, roturiers des villes ou de la campagne. Leur nombre varie comme pour celui des hommes de fief.

Dans le Hainaut et les Pays-Bas où les alleux sont plus nombreux, les alleux sont traités comme les fiefs. Cela n'a pas grande importance, car les alleux sont même dans cette région bien moins nombreux qu'au Midi et que la maxime appliquée est : Nulle terre sans seigneur.

Dans la région française il y a quelques différences avec la région du Nord, en ce que la vie urbaine a atténué les différences entre fiefs et rotures. Ainsi dans la Coutume de Péronne, art. 264, on ne trouve plus aucune distinction entre fiefs et rotures et dans l'art 260 le nantissement se fait par exhibition du contrat passé sous sceau royal au seigneur du lieu (pour un fief) ou au garde de sa justice (pour une roture). En Vermandois, c'est-à-dire dans la région de Reims, l'art. 126 stipule que pour acquérir un droit de seigneurie et propriété, (on voit là la distinction entre fief et roture), il est requis que le vendeur se dévête es mains de justice foncière sous laquelle est ledit héritage acquis au profit de l'acheteur, et que icelui acheteur en soit vêtu et saisi de fait" sans encore qu'on établisse une différence entre le fief et la roture proprement dite. Les articles suivants précisent que la simple mise en

possession, même réelle, ne suffit pas à faire acquérir la propriété. Cependant on y ajoute cette exception que la propriété pourra être acquise quand il y aura eu une jouissance de fait de dix ans. Dans les deux mêmes Coutumes de Péronne et de Vermandois, on accepte que pour les alleux il n'y a pas besoin de vest et dévest et que contrairement à ce qui se passe aux Pays-Bas, la tradition et appréhension de possession réelle suffit à l'opérer (Péronne, art. 267, Vermandois art. I39.) Dans d'autres Coutumes comme Reims où deux titres distincts traitent: l'un des fiefs (titre III) et l'autre (titres IV et V) des rotures le même procédé de vest et de dévest est exigé des deux catégories (art. I36 fiefs et I62 roture), sous cette seule différence que pour le fief, la foi et hommage sont portés au seigneur féodal alors que la désaisine et la saisine ont lieu devant la justice foncière.

Les deux parties doivent être présentes, le tradens et l'accipiens. On hésite en général à admettre la possibilité d'une représentation par procureur, peut-être bien à cause d'anciennes règles féodales qui exigeaient que le port de foi et hommage ait lieu personnellement par le vassal.

Pour l'acquéreur la cérémonie comporte une déclaration du contrat souvent faite par acte notarié.

Tel est le premier caractère de ces Coutumes. Elles en offrent un second: c'est que souvent, à cette déclaration, se joint une remise par le tradens au seigneur ou au juge d'un bâton (l'ancienne festuca) en manière de dessaisissement lequel bâton le seigneur transmet à son tour à l'accipiens (Coutume de Reims art. I65. Vermandois art. I26 - Cf. Pays-Bas où parfois au contraire cette dernière cérémonie a disparu et où la cérémonie consiste dans la simple déclaration de la vente).

Enfin, en 3^e lieu, pour que le nantissement ait lieu, il faut l'enregistrement du contrat au greffe, après que la déclaration de transfert a été faite au seigneur ou au magistrat. Cf. Vermandois, art. II9 et I20, Coutume de Reims, art. I77. Amiens, art. I45 - Cet enregistrement se fait du reste sous des formes un peu diverses. Il est habituel qu'on tienne un registre des nantissements, ce qui est préférable au point de vue de la publicité. Dans certaines régions on interdit même le vest et dévest autrement que par registres; on interdit l'usage des feuilles volantes (Arrêt du Parlement de Paris 29, Novembre 1599, pour le Vermandois. Cette nécessité du registre n'est pas malheureusement imposée partout. Ainsi, en Artois,

Dessaisissement symbolique.

Enregistrement du contrat au greffe.

les justices seigneuriales n'ont pour ainsi dire pas de registre. De même la Coutume de Reims, art. I77, tout en parlant de registres suppose un peu plus loin que la délivrance a été faite par le greffier de "lettres et endossements" signés de lui et qui constituent la preuve de l'enregistrement; si elles sont ainsi délivrées c'est peut être qu'elles ne sont pas écrites d'abord sur un registre; ce ne sont pas des copies mais des titres remis à l'acquéreur et qui lui servent de preuve de son acquisition. Cf. Cambrai T.V. art. 5: "les devoirs de loi se prouvent par "lettres en ferme" qui sont "mères en elles" contiennent en elles-mêmes des titres originaux) " faisant es pleine foi ce qu'elles contiennent". Ces lettres sont analogues aux lettres de vendition: quand on en parle il n'est pas question de registres. L'usage des registres n'a donc pas été unanimement accepté; certaines coutumes y ont résisté faute d'un peu de suite dans les desseins. Le transfert de la propriété n'est accompli que quand cet ensaisinement aura été fait par le vendeur à l'acquéreur.

Cet ensaisinement est nécessaire à la validité du transfert.

Sur l'effet de cet ensaisinement nos coutumes sont très fermes. Cet ensaisinement est nécessaire à la validité du transfert. Il en est ainsi aux Pays-Bas dont les usages ont été rédigés avant leur réunion à la France sous les monarques espagnols (Plaques, Ch. 5 du 10 Février 1538, de Philippe II, 6 décembre 1586). Ils déclarent nulle l'aliénation d'un héritage faite sans nantissement, même pour les alleux sous réserve des variétés de forme qui peuvent intervenir quant à l'ensaisinement. D'autres coutumes, sans avoir une formule aussi nette, annulent le transfert faute d'ensaisinement même pour les alleux, comme Reims art. I66, qui, après avoir exigé le vest et le dévest pour le transfert de propriété sans traduire son effet par une formule générale, l'appliquent en disant qu'en cas de deux transferts successifs de la propriété, celui-là serait considéré comme propriétaire qui aurait reçu vest et dévest le premier, alors même que son contrat de vente qui justifie ce vest et dévest aurait été postérieur. C'est une des conséquences qu'on tire aujourd'hui de la formalité de la transcription.

Le nantissement s'applique au transfert de toute espèce de droit réel.

Un second trait étend singulièrement le domaine de ce nantissement. Il est exigé pour le transfert de toute espèce de droit réel: propriété, constitution et transfert de servitude, rente foncière et même dans la constitution ou transmission d'une hypothèque, point qui mérite d'être noté, car nulle part ailleurs on n'a dès cette époque songé à une publicité

Pour transmission entre vifs où à cause de mort.

des hypothèques. Elle est déjà organisée dans la Coutume de Reims, art. I74 - I85. Cette formalité prend donc par là une ampleur considérable. Ce n'est pas tout. De même que tous ces droits sont soumis au nantissement, de même originaiement celui-ci est imposé pour toute espèce de transmission, à cause de mort comme entre vifs. C'est là l'état originaire de ces coutumes dont certaines ont conservé la trace. Douai, C.2. a.2., applique le nantissement au transfert par voie de succession. Cambrai, T. XII a. I.Artois art.74. Cette subordination du transfert à cause de mort au nantissement devait choquer les régions voisines du centre de la France où le mort saisit le vif, puisque par l'effet de cette maxime l'héritier n'avait pas besoin, pour entrer en possession civile, de recourir à l'intermédiaire du seigneur. Il est de par la loi immédiatement saisi. Aussi serait-il bien surprenant que cette haine du régime féodal qui avait fait établir la règle: le mort saisit le vif, expression du droit commun du Centre, n'ait pas fait sentir son influence dans le Nord. Si bien qu'au Nord même, on a apporté des exceptions sans lesquelles le nantissement cesse d'être nécessaire.

Exceptions à la nécessité du nantissement-sines de droit commun. Elles n'empêchent pas la règle dans certains cas de persister en principe.

La première exception se présente dans plusieurs Coutumes pour la succession: bien des Coutumes ont accepté la règle le mort saisit le vif, Reims, art. I7I. De même on applique l'exception au partage entre cohéritiers. Il n'est pas soumis au nantissement. De même on l'applique aux légataires, aux donations par contrat de mariage qu'on veut libérer le plus possible de toute formalité. En Picardie un Arrêt du 30 Octobre I556 formule cette exception pour les donations par contrat de mariage; pour le Boulonnais arrêt du 20 décembre I605

En Vermandois l'exception est plus ancienne et l'art. 39 de la première coutume la contient déjà. Elle est répétée dans l'art. 35 de la Coutume nouvelle.

Au reste, il ne faudrait pas croire que ces exceptions aient été établies sans protestation. Ainsi dans les Coutumes belges, Artois (art. 7I et Commentaire de Maillart où il regrette ces extensions) on n'alla pas jusqu'à accepter que les donations entre vifs pourraient échapper au nantissement. Ces donations entre vifs, en effet, sont gouvernées en principe par la règle: donner et retenir ne vaut. Il n'y a

pas de meilleur moyen d'obliger à faire entrer le donataire en possession que d'imposer le nantissement. Aussi ne manque-t-on de l'exiger pour donner toute sa force à la règle.

Le défaut de nantissement non seulement empêche le transfert de propriété, mais il entraîne même la nullité de la donation par application de la règle: donner et retenir ne vaut.

Enfin on dispense parfois de nantissement l'adjudication par décret; la publicité se trouve déjà assurée par la procédure du décret (Cf. Ponthieu).

Tentative
de la royaute au XVIII^e.
pour la suppression du
nantissement.

Il résulte de là que si originairement le nantissement a été général au Nord, il est venu un temps où sous l'influence du voisinage on l'a atténué. Cette lutte résulte des exceptions qui y ont été introduites et elle se traduit par la défaveur qui s'est manifestée pour le nantissement lui-même au XVIII^e siècle. A cette époque l'Edit de Juin 1771, art. 35 et la Déclaration du 23 Juin 1772 essaient même de faire disparaître le nantissement (art. 35 dans Ordonnances des Rois de France. Isambert p. 537: "Abrogeons l'usage des saisines et nantissement pour acquérir hypothèque et préférence, dérogeant à cet effet à toutes coutumes et usages à ce contraire". Il est probable qu'à cette époque la nécessité pour constituer l'hypothèque d'en faire la publication par nantissement gênait beaucoup de gens parmi ceux qui nous gouvernaient. On sait d'ailleurs que c'est déjà pour cela que le Code Michau n'a pas pu survivre. On a donc tenté de supprimer le nantissement au Nord sans d'ailleurs y réussir. L'Edit ne fut pas appliqué partout. Le Parlement des Flandres et le Conseil d'Artois refusèrent l'enregistrement et notre art. 35 dans les pays de nantissement ne fut appliqué qu'au Vermandois et à la Picardie qui dépendaient du Parlement de Paris.

Pourquoi cette lutte de la royauté contre l'ensaisinement qui cependant avait de grands avantages? Il y avait à cela des causes multiples: répugnance de la noblesse à la publicité de l'hypothèque; et aussi hostilité de la population vis-à-vis de la publicité des transferts de propriété par crainte que les formalités attachées à ce transfert ne fussent l'occasion de nouvelles mesures fiscales. C'est cette crainte qui a beaucoup pesé dans notre ancienne France pour empêcher d'organiser un système de loyale et réelle publicité des aliénations immobilières.

La royauté du reste ne persista pas dans sa lutte et le nantissement dura jusqu'à la loi de

Brumaire an VII qui introduisit la publicité des transferts en s'inspirant nettement des tendances des pays du Nord. Elle substitua le terme de transcription à celui de nantissement, en supprimant ces restes d'un trop vieux passé, les formalités symboliques de vest et de dévest et la tradition du bâton qui avaient subsisté jusque là dans bien des régions du Nord.

Le défaut de nantissement entraîne nullité du transfert même inter partes.

Ajoutons que la sanction du défaut de nantissement dans les Coutumes du Nord se rattache par sa conception bien plus à la loi de Brumaire qu'au système du C.C. Le défaut de nantissement entraîne nullité du transfert même inter parties. Artois, art. 71, Vermandois, art. 126. Outre cette nullité inter parties et à plus forte raison, le défaut de transcription entraîne nullité vis-à-vis des tiers et la préférence du premier nanti sur le premier acquéreur quand celui-ci n'a été nanti qu'en second lieu. Notre droit actuel distingue expressément entre le transfert inter parties et le transfert vis-à-vis des tiers et n'allule le transfert pour défaut de transcription que vis-à-vis des tiers. Cette distinction n'existe ni dans la loi de Brumaire ni dans les coutumes de nantissement et dans les deux la nullité du transfert était totale.

Toutefois entre la loi Brumaire et le système des Coutumes de nantissement, il y a deux exceptions:

1° - le défaut de nantissement n'entraîne pas la nullité du transfert si le seigneur a refusé de nantir l'acquéreur. Celui-ci peut alors se considérer comme nanti.

2° - Si celui qui s'est fait nantir connaissait l'existence d'une première vente préférable à la sienne et savait n'être que le deuxième acheteur, on refusait de valider le nantissement accordé au second acquéreur, qui a commis en ce cas un dol vis-à-vis du premier puisqu'il savait que le premier avait déjà reçu vente du bien. On a considéré que ce dol rendait nulle sa propre vestitura. Aujourd'hui notre législation donne la solution inverse et la loi de Brumaire décidait comme notre législation.

Ces Coutumes du Nord ne manquent pas d'une certaine originalité. Il faut en rapprocher les Coutumes de certaines régions de l'Est où le système du transfert a sensiblement la même origine et révèle une parenté très marquée avec le droit franc. Le type de ces coutumes de l'Est est la vesture et la prise de ban de Metz et du pays messin. D'après de vieux usages de cette région, qui remontent au delà du XIII^e siècle, le transfert de propriété s'opérait en *plaid banni*, c'est-à-dire dans une réunion des habitants - ouverte par le maire en vertu de son autorité publi-

Coutumes de l'est se rapprochant des pays de nantissement

La vesture
à Metz.

que. Cf. Prost., N.R.H. D. 1878, pp. 269 et ss.

Originaiement la vesture est donnée publiquement par le vendeur à l'acquéreur (actes de 1221 pp 591. append. IV id. p. 616 et 617) où cette vêteure a lieu par le vendeur lui-même à l'acquéreur. Dès le commencement du XIII^e siècle, le maire se substitue à l'acquéreur et, assisté de ses échevins, fait l'enseignement. La publicité s'affirme alors et la vêteure est remplacée par la prise de ban. Celle-ci est une proclamation solennelle d'entrée en possession faite par l'officier public et qui avertit tous les intéressés. Ce petit changement dans le cérémonial de la transmission a été opéré de 1220 où il n'y a pas encore de prise de ban à 1263 où la vesture ancienne ne se retrouve plus. Il faut pour que la propriété soit transférée la prise de bans dont le premier ban fixe le point de départ du délai d'an et jour qui, quand il aura couru, mettra l'acquéreur à l'abri de toute réclamation. Durant l'année on répétera la prise de ban, il y aura trois publications par le maire et les échevins aux grandes fêtes, Pâques, Noël; Assomption et le 4ème ban annoncera l'expiration de l'année, la mise en possession irrévocable de l'acquéreur.

Il y a là quelque chose qui rappelle la vieille procédure de la loi Salique au titre de migratibus. Jusqu'à ce que le délai d'un an soit expiré, on peut faire opposition à l'acquisition annoncée, faire "escondit".

Cette procédure se rattache aux mêmes origines que le cérémonial du nantissement. Mais l'institution ne dura pas aussi longtemps. Dès 1641 on substitua à cette organisation celle de la Coutume de Paris, c'est-à-dire le droit commun, et toute publicité disparut.

Reste à parler de la province de Bretagne et des appropriances par bannies.

Les appropriances par bannies

en Bretagne.

L'appropriance par bannie consiste dans une annonce publique du transfert.

Il nous reste à faire une excursion en Bretagne, où le procédé de transfert usité s'appelle l'appropriance par bannies et est assez voisin de la prise de ban de Metz. Elle consiste dans une annonce publique de transfert, le dimanche à la sortie de la messe, devant l'église de la paroisse du bien à transférer. Très Ancienne Coutume de Bretagne; Ed. Planiol n° 151 p. 171: "Quant aucunes chouses eschiéent en un

pays que l'on ne sceit à qui ils sont l'en les doit garder quarante jours davant qu'elles soient explectées et doivent être bannies à la paroesse où elles sont trouvées par trois dimanches après la messe avant que les giens se départent et que ils le puissent oïr et au marché selon qu'il sera acoustumé crier. Après les bans l'en les doit garder par trois sepmaines enssuyvant, et en oultre tant que la quarantaine soit accomplie" Le texte ci-dessus ne s'applique pas particulièrement au transfert, mais aux choses perdues. A l'expiration du délai, la chose perdue sera remise au seigneur. Ces bans entraînent la guerpe, guerpicio. Pour le transfert des immeubles le cérémonial est le même. Quand les bannies ont été prononcées par trois fois toute réclamation contre le possesseur est éteinte (Cf. Petite Coutume, p. 512 n° 19: Quand aucun se veut approprier en ung héritage, il convient par la coutume faire trois bans sur la vente par la justice es lieux ad ce acoustumes, c'est à savoir à la paroisse où le heritage est assis, par trois dimanches à l'ixue de la messe publiquement, par ban et quinze jours entre deux d'iceul au moins, et entre les autres huit jours", Quinze jours plus une fois huit jours, cela fait donc trois semaines en tout." Et en aucuns lieux est accoutumé de faire au moins deux bans aux jours de marché de la chasteilainie et convient au moins le tiers faire à la paroisse pour savoir si aucun debatra. Les bannies sont faites par un sergent qui est celui du haut seigneur justicier, (N° 149.P. 170). "Le seigneur dont il s'agit ici est "celui qui tient en foy son fief selon l'assise au comte Geffroy et dont les ventes sont leurs". C'est celui qui est suzerain et qui a droit aux ventes qui en principe fera les bannies. Ces publications eurent lieu pendant assez longtemps: peu à peu leur régularité diminua. En 1424, une Ordonnance a pour but de rappeler aux pratiques originaires. Cf.p.399, n° 30, Ed. Planiol, N° 31. Comment bannies doivent être faites:

"Pour ce que enaucunes parties de Bretaigne l'en a accusjumé faire les bannies es marchez, et en autres lieux es paroisse au dimanche, et a l'en aucune-
ment usé que chacun bannier du seigneur, dont les au-
cuns se appellent banniez féez et les autres sont ser-
genz, font lesd. bannies par plusieurs foiz et par plu-
sieurs et diverses heures, et non pas assez publicque-
ment, peut estre par ignorance ou en deffraudant le
droit d'autrui, et mesme que ilz sont creuz pour toute
information par leur simple et singulièr relation,
soubz leurs seaulx ou autres à leur requeste, ou autre-
ment, des bannies que ilz relatent avoir faictes".

Formalités
des bannies.

"Est commandé et ordonné désormais en avansd. bannies estre faictes publiquement et continuallement à une heure pour tout le jour, scavoir aux marchez à congregation de peuple et es paroisses à l'issue de la grant messe, et que des dites bannies les informations soient faites par tesmoigns par la cour et jurisdiction d'iceluy seigneur ou du suzerain aux plets de heritage, ou autrement ne seront valables".

Il y avait donc eu quelque négligence qui s'était introduite dans l'accomplissement de cette publicité et que l'ordonnance a eu pour but de faire disparaître. Le sergent, après cette bannie, doit se rendre à la cour et affirmer par serment et avec témoins que les bannies ont été faites. La Cour donne acte de la déclaration, de sorte qu'il reste trace des bannies accomplies n° 39, p. 95. Il faut lire le texte tout entier. Il y est question des certifications, dont il est souvent question dans les actes bretons de même encore dans des actes anciens notamment ceux de Sainte-Mélaine. Les bannies semblent avoir été précédées originaiement de requêtes, c'est-à-dire de notifications de la vente faite par le sergent aux parents, de façon à ce que ceux-ci n'en ignorent. Cette cérémonie un peu surérogatoire disparaît au XIV^e siècle. Quant au rôle que la cour joue dans toute cette procédure, il reste assez obscur. Les auteurs bretons du XVI^e siècle, notamment d'Argentré, se bornent à dire que la cour donne acte de la certification présentée par le sergent. Il est possible et même probable qu'à l'origine, son rôle était plus considérable et que la cour procédait à une sorte d'adjudication publique du bien. On tire cette conclusion de certains actes qui disent "adjudicatum est", alors que cependant il ne semble pas qu'il y eût vente forcée, (acte de 1284 de la Cour du vicomte de Rohan). Quoiqu'il en soit, l'adjudication a disparu et on n'en a pas trace dans la Très Ancienne Coutume.

Leurs conditions.

Possession du vendeur depuis un an.

Mise en possession réelle de l'acquéreur.

Pour que ces bannies soient valables, il faut qu'elles réunissent deux conditions: d'abord que le vendeur soit possesseur de l'objet crié depuis une année, c'est-à-dire que sa propriété ait été comme confirmée par l'expiration du délai d'an et jour. Cf. ch. 39 p. 95: "L'on pout estre approprié par quatre titres du vestu et du saisi par an et jour." Il faut donc que le vendeur ait été saisi et confirmé par an et jour.

La seconde condition est que l'acquéreur ait été mis en possession réelle avant que les bannies aient été prononcées. Si le vendeur avait conservé la possession, les bannies n'auraient pas la même valeur.

(d'Argentré. Commentaires, Ed. in F°, 1614 Col. 897: "Non aliter edictale appropriendum procedere, quam si ex titulo ab auctore possessore, acquirems possessor item fiat, traditione rei actuali et naturali" que si l'acquéreur, muni du titre par son auteur possesseur lui-même, avait été possesseur par la tradition matérielle de la chose. Au XVII^e siècle, les deux conditions sont exigées. Peut être bien pourtant que la dernière n'est pas aussi ancienne qu'on pourrait le croire, car on trouve une glose ajoutée au Ch. 39.P. 95 qui semble bien dire qu'il y a eu quelque difficulté pour cette condition. Note I: "Sed an requiritur quod ista saisina seu possessio precedat banna, multi dicunt quod sic". on se demande si la mise en possession doit précéder les bannies. Beaucoup prétendent que oui, "antiquiores practici dicunt quod sufficit quod habeat postra, articulo cap. XIV ^{XX} XVI ubi dicitur que après les bannies le détriment, prisaige et assiette se feront. Sed requiritur quod auctor tenuerit per annum et diem sicut successor. Aliqui dicunt quod sic, quod est falsum..... et ita fuit conclusum in Parlamento".

Lorsque ces bannies ont été ainsi faites et sous ces conditions (et leur durée n'est pas bien longue, trois semaines); on accorde à ceux qui voudraient y faire opposition un autre délai de huit jours après la dernière bannie pour leur permettre de le faire. En ajoutant ce délai aux trois semaines, ce n'est jamais au total que quatre semaines. Au-delà de celles-ci, tout possesseur qui prétendrait à un droit sur la chose est considéré comme forclos. Les tiers sont traités comme toute bien rigoureusement.

Aussi au XVII^e siècle, crut-on nécessaire d'imposer sur ce point une réforme; une ordonnance d'Août 1626, dont on doit la rédaction à Richelieu, organisa une formalité nouvelle qui devait servir de complément aux bannies: c'est l'insinuation à fin d'appropriement, c'est-à-dire la transcription de l'acte de vente sur un registre, dès que l'acte de vente a été conclu. Elle précède les bannies et en est une troisième condition nécessaire. On impose un délai de six mois après l'insinuation avant que les bannies puissent être faites. L'augmentation du délai est ainsi considérable.

L'institution de l'insinuation semble s'être fortement installée en Bretagne. On créa de nouveaux greffes pour les recevoir, la population s'était aperçue de l'extrême brièveté du délai et prétendait que les bannies conduisaient souvent à de véritables spoliations.

L'insinuation corrigea si bien cet incon-

L'insinuation à fin d'appropriement.

vénient que quand parut l'Edit de 1771 sur la purge, on crut inutile de le faire enregistrer au Parlement de Bretagne, les appropriances par bannies précédées de l'insinuation suffisaient aux besoins de la population et elles durèrent jusqu'à la Révolution.

Tel est le mécanisme de l'institution. A quels contrats s'appliquaient les bannies et quels en étaient les effets?

Contrat auquel s'applique les bannies: vente.

Les bannies s'appliquent d'abord aux contrats de vente: la Très Ancienne Coutume de Bretagne le dit dans deux chapitres, au Ch. 39 p. 95 où le texte indique qu'on peut être approprié par achat et ch. 221 p. 223: "Il est de coutume que nul ne nulle ne pourra ne doit estre approprié d'autrui héritage par vente ne par achat, sice n'est par vertu de bannie". "Il est de coutume que "nul ne nulle ne peut être approprié d'autrui héritage par vente ne par achat, si ce n'est par vertu de bannie". Mais que dire quant aux autres contrats? Le Ch. 39 semble dire ou laisse croire que bien d'autres contrats pouvaient y être soumis: presage ou permutacion, donnaison ou féage, partage mais une affirmation contraire se rencontre p. 223 au ch. 221 des cas de presmece "ne fut onques ou temps passé estable coustume des princes de Bretagne que en pure eschange ne en féage... etc. que bannie en deust estre faite". et une glose ajoutée au texte p. 95 confirme la pratique relevée au n° 221, c'est-à-dire qu'on réserve aux ventes et achats la procédure par bannie. On peut en conclure qu'il y a une tentative pour étendre de la vente et de l'achat la procédure par bannie et qu'elle a échoué.

Effets des bannies: extinction après le délai de huit jours de toute action de nature à retenir l'immeuble à l'acquéreur.

Il y a plus de difficulté à se rendre compte des effets des bannies. Les effets varient suivant que celui à qui on veut opposer les bannies était au moment où elles ont eu lieu dans le duché ou était au dehors. Les bannies n'ont d'effet que vis-à-vis des intéressés qui étaient à ce moment dans le duché. Dans ce cas, les bannies produisent l'effet à l'encontre de toute personne qui prétendrait exercer un droit sur l'immeuble. Ces bannies, passé le délai de huit jours sans réclamation, éteignent toutes actions de nature à enlever l'immeuble à l'acquéreur qui a provoqué les bannies, pourvu que les actions dont il s'agit se fondaient sur une cause antérieure à l'acquisition. S'il était intervenu postérieurement à l'acquisition une cause nouvelle, les bannies ne pourraient naturellement valoir contre elle.

Quelles sont les personnes ainsi forcloses par les bannies? Ce sont d'abord, et ce sont celles

Personne forclosse.

Fusents exer-
çant le re-
trait.

pour qui les bannies ont été peut-être imaginées, les parents qui sur les propres ont en droit français au cas d'aliénation une faculté de retrait ou de presmece Cf. N° 45 p. 100 et 101: de ceux qui sont presmes (proximi)....

On explique que le vendeur ne peut considérer l'acquisition comme parfaite que si les presmes ont été avertis jusqu'à une parenté qui s'étend jusqu'au 9ème degré: "Il est entendu que le vendeur n'est tenu de garantir de nul presume car presmece si est attroiee à tous ceux qui seront du lignage dedans le neusme..."

C'est l'application normale et naturelle du retrait lignager. Le droit des parents est donc forcé par expiration du délai de huit jours après la dernière bannie.

Créancier
ayant hy-
pothéqué
sur l'im-
meuble.

Une deuxième catégorie comprend les créanciers qui ont hypothéqué sur l'immeuble aliéné. En Bretagne, la situation est d'autant plus importante à régler que tous les créanciers sont en principe traités comme des créanciers hypothécaires, parce que tous sont payés suivant la date de leur créance et non comme dans la législation romaine au marc le franc.

N° 306 p. 286. C'est une règle qu'il est bon de retenir comme ayant été celle de notre très ancienne conception coutumière: "Les autres obligations et jugiez doivent être executes et paiez, chescun selon la obligacion ou jugié qui fust du premier temps, car le premier temps doit être le premier executé et payé". Durant les huit jours qui suivent la dernière bannie, le créancier doit produire sa créance et faire présager, c'est-à-dire faire estimer l'immeuble. Cette estimation est nécessaire parce qu'en Bretagne au lieu de procéder tout de suite à la vente de l'immeuble pour payer le créancier, on essaie de faire accepter à celui-ci qu'il prenne l'immeuble en échange de sa créance et se paie d'elle sur lui, et cette prise en charge de l'immeuble par le créancier se fait au taux de la prisée. Ce n'est que faute d'y réussir qu'on en vient à la vente. En Bretagne on se méfie de la vente, même aux enchères, on craint que, par suite d'une circonstance défavorable, le débiteur ne puisse tirer de la chose ce qu'elle vaut. C'est pour cela que cette prisée servira de limite inférieure du prix au cas d'adjudication. N° 297 p. 279. Le 8ème jour expiré sans que le créancier ait annoncé sa dette, toutes les hypothèques seront purgées et le bien libéré. Quant aux hypothèques déclarées, on les paiera selon leur ordre de date sur le prix donné par l'adjudicataire ou par le créancier preneur, si la valeur du bien est supérieure à sa créance, et s'il reste ainsi une partie

Véritable propriétaire n'ayant pas la possession,

Vendeur en cas de non-paiement du prix.

du prix libre. Voilà la 2ème catégorie d'intéressés.

La 3ème comprend le vrai propriétaire qui se trouvait n'être plus en possession au moment de la vente et qui voudrait intenter une action en revendication. Il devra l'intenter dans les dix jours après la dernière bannie, sinon il sera forclos et perdra son action.

Enfin une 4ème catégorie de personnes doit être précisée. Elle comprend le vendeur lui-même, ce qui au premier abord paraît un peu singulier. Cf. ch. 44, T.A.C. p.99. Ce sont les bannies seules et même l'expiration du délai de huit jours sans protestations qui rendent l'acheteur propriétaire. Jusque là il n'y a qu'une simple promesse de vente au profit de l'acheteur faite par le vendeur. De sorte que cet acheteur qui n'est donc pas jusqu'à l'expiration des bannies, su d'entrer jamais en possession, va se refuser d'ordinaire de payer le prix avant cette expiration. D'autre part si cet acheteur se refuse à payer le prix jusqu'à ce que les bannies soient prononcées, c'est le vendeur qui va se plaindre de l'accomplissement des bannies puisque, avant d'avoir reçu son prix, il risquera de perdre tout droit de recourir sur l'immeuble. Toute demande, même de la part du vendeur, serait en effet écartée sans examen. Vendeur et acheteur se trouveront donc l'un vis-à-vis de l'autre dans une situation inverse, chacun se refusant d'abandonner avant l'autre le gage ou la propriété dont il s'agit. Logiquement il faudrait sacrifier l'un ou l'autre. On s'en est tiré par un à peu près: on a fait intervenir au profit de celui dont le sort était le plus incertain des pleiges pour confirmer l'engagement qui lui serait consenti. Habituellement le vendeur s'engage à garantir l'acheteur et lui fournit des pleiges de cette garantie. Si les bannies n'interviennent pas l'acheteur pourrait, par l'action en garantie, se retourner contre son vendeur. Il est en outre d'usage que l'acheteur paie un tiers du prix après chaque bannie, de sorte que le prix tout entier sera payé après la fin des bannies. Il fournit en même temps pleige du paiement du reste à chaque bannie. Tout cela est rendu nécessaire parce que les bannies sont extintives de toute espèce de droit et réclamation réels par le vendeur. Ce dernier effet des bannies à l'encontre du vendeur fut écarté en 1539; on accorda à cette époque au vendeur la faculté d'agir en paiement du prix même après que les bannies auraient été achevées et par préférence.

En dehors de ces intéressés, il n'y en a pas d'autres dont il y ait lieu de parler, les bannies

ne portant en principe aucune atteinte aux autres droits réels grevant l'immeuble au jour de la vente: servitudes, rentes foncières, droits seigneuriaux. De sorte que l'immeuble est transféré par le vendeur cum sua causa.

inefficacité des bannies pour l'ayant droit résidant hors du duché.

Ainsi sont tranchées les difficultés dans le cas où les parties intéressées sont dans la province de Bretagne.

Quelques mots pour l'hypothèse inverse, où l'ayant droit résiderait hors du duché quand les bannies ont eu lieu. Les bannies sont à son égard sans effet et ne le dépouillent en rien de son droit d'agir en justice. Cependant il ne faut pas oublier que, conformément au droit commun, tout droit antérieur reste soumis à la forclusion générale résultant du délai d'an et jour, Ch. 40, p. 96 et on trouve le même usage dans la petite coutume, art. I8, p. 512 : "La tenue de huit jours après le terrain ban ou aventurement, quant entre les presens au pays, et ung an et ung jour quant aux absens du pays. Si l'intéressé revient on lui accorde huit jours depuis son retour, en considérant qu'il a dû apprendre les bannies en revenant au pays.

Origine obscure des bannies.

Voilà tout le mécanisme des appropriances par bannies. On est un peu embarrassé pour en trouver avec précision l'origine. A première vue, ces bannies ont une sorte de parfum d'ancienneté qui pousserait à les rattacher à l'ancien bannum franc, à l'ancienne transmission publique par le mallum de la loi Ripuaire. Pourtant on n'en trouve pas d'exemple avant le XIII^e siècle; l'acte le plus ancien sur ce point date de 1236, il se trouve, d'après Planiol, dans les papiers du jurisconsulte Hévin.

Doit-on penser néanmoins que, malgré cette absence de documents, il convient de la rattacher à la missio in bannum de l'époque carolingienne? Le point n'est pas résolu encore, bien que cette dernière solution soit probable (pour plus de détails cf. Planiol N.R.H.D. 1890).

Système analogue en Normandie.

Enfin, en sortant de Bretagne, on a relevé en Normandie, dans la Coutume de 1583, notamment à l'art. 452 et aux suivants des prescriptions qui se rapprochent des appropriances par bannies, notamment celle qui ordonne quand un contrat de vente a été passé, d'en donner lecture à l'issue de la messe pendant trois dimanches de suite, cette lecture publique laissera sa trace sur le contrat parce que les publications doivent être inscrites au dos du contrat et serviront de point de départ à l'application du délai d'an et jour pour le retrait lignager. Le premier effet de ces publications ayant été usité probablement en ma-

tière de retrait, nous avons sans doute ici quelque chose de tout à fait voisin de ce qui s'est passé en Bretagne, mais à l'état embryonnaire, tandis que l'institution a trouvé son épanouissement en Bretagne.

Telle est l'histoire très variée de la transmission de la propriété immobilière en France. Il importe d'en dégager le sens général et de rechercher le rôle qu'a eu dans l'ancienne France la publicité dans ces transferts.

L'action de la royauté en matière de transfert de la publicité immobilière.

Reste à examiner un point intéressant, surtout pour la dernière époque de notre droit: la publicité du transfert de propriété. Dans toute cette histoire, on peut observer que durant de longs siècles à l'instar de ce qui s'est passé à Rome, on n'a généralement considéré dans l'aménagement du transfert de la propriété foncière que les deux parties intéressées: le transfert est accompli dès que leur accord est manifesté non seulement par la convention, mais encore par son exécution. La paix publique était à ce prix et n'exigeait pas autre chose. Mais dès que les parties étaient d'accord sur la réalisation du transfert et l'avaient manifesté clairement par la tradition, on ne prenait aucun souci des tiers, créanciers hypothécaires ou autres créanciers des deux parties, seconds acquéreurs... qui tenus à l'écart des pourparlers de vente ne pouvaient être avertis du transfert que par la rumeur publique ou grâce à un système organisé de publicité.

Le fait du transfert pouvait pourtant ne pas être indifférent à ces gens. Aujourd'hui, au contraire, c'est la publicité qui est l'objet de toute la sollicitude du législateur. On entoure le transfert d'une publicité effective. Cette préoccupation est assez récente et est devenue plus aigüe par l'effet de différentes circonstances, à mesure que s'est multiplié sur l'immeuble l'entrecroisement de droits qui l'affectent à la garantie de nombreux créanciers, à mesure que l'aliénation des immeubles est devenue plus fréquente et que l'immeuble foncier, dépouillé de l'ancienne vénération familiale, n'est plus que la simple représentation d'une valeur pécuniaire comme le meuble. C'est à ce titre que l'immeuble s'est offert au placement des capitalistes provinciaux autrefois, inter provinciaux avant la Révolution et aujourd'hui même internationaux.

Le souci de la publicité transfert était apparu dès avant la Révolution française.

Efforts de la royauté.

La publicité apparut donc comme nécessaire à la bonne organisation du crédit foncier. Il est difficile de fixer le moment où cette nouvelle préoccupation apparut chez nous. La Révolution l'a vivement ressentie comme le prouvent la loi du 19 Messidor an III sur la mobilisation de la propriété foncière et celle du 11 Brumaire an VII qui a organisé tout notre régime hypothécaire. Mais dès avant la Révolution, le souci de la publicité était parfois apparu. Au début du XVII^e siècle, le Code Michau a complètement échoué par suite des craintes que cette publicité éveillait chez la noblesse au sujet de son crédit; elle redoutait d'apparaître considérablement appauvrie. Le système du nantissement, des œuvres de lois, des appropriances par bannies, donnaient aussi satisfaction à ce besoin de publicité; même l'aménagement du système féodal, avant sa dégradation, comportait aussi une satisfaction effective accordée à ce même besoin. Parfois même les événements s'étaient chargés de souligner l'importance de cette publicité, par exemple à propos des innombrables rentes foncières accumulées sur les immeubles fonciers au XV^e siècle, au point d'avilir leur propriété et d'en provoquer l'abandon. (Crise des rentes foncières et constituées du XV^e siècle). Il y a donc bien dans notre ancien droit des traces de cette préoccupation de publicité. Cependant elles n'ont pas trouvé chez notre population coutumière une réelle faveur et s'est même efforcée de s'y soustraire autant qu'elle l'a pu. La publicité des transmissions féodales disparut peu à peu et de bonne heure. Le nantissement vit plutôt se réduire son domaine d'application durant les derniers siècles. La royauté, qui dominait toute la législation coutumière, a eu parfois le sens de ce qu'il aurait convenu de faire, mais sans savoir nettement dégager ni surtout imposer les mesures utiles et la population alliée sur ce point à la basoche a tout fait pour lui rendre la tâche plus difficile.

Il est intéressant de relever les tentatives de la royauté, leur avortement; les principales causes de cet échec et démontrer comment, après avoir abandonné l'idée d'imposer la publicité de tous les transferts de droits réels, la royauté lassée par toutes les tentatives antérieures demeurées vaines, a réduit ses ambitions et s'est bornée à organiser la publicité de quelques sûretés particulières à la fin du XVIII^e siècle et principalement à fixer la liquidation du passif hypothécaire et la libération foncière des immeubles grecés.

D'abord, au point de vue de la publicité générale qu'on aurait pu appliquer à tous les trans-

L'édit de 1553 organise l'enregistrement de tous actes d'acquisition de propriété au greffe des bailliages.

ferts de propriété immobilière, en négligeant la crise des rentes au XV^e siècle et en ne prenant que le point précis de la publicité des transferts de droit réel, on constate que la royauté débute au XVI^e siècle par l'édit du 3 Mai 1553 donné à Saint-Germain, qui ordonne, pour l'avenir, l'enregistrement de tous actes d'acquisition de seigneurie, de propriété, d'hypothèque et de droits réels en donnant à cet enregistrement le nom d'insinuation. Cette insinuation est déclarée nécessaire à la validité de tous les transferts de droit réel. Elle doit être faite sur des registres tenus aux bailliages, sénéchaussées et juridictions royales et inscrite par des greffiers spécialement commis à cet effet. Et notre Edit et d'autres ont pour objet secondaire de créer des offices de greffiers que la royauté vendait à son profit. Le droit de propriété et tout droit réel ne sera donc plus à l'avenir opposable "et ne se pourra prendre ledict droit de propriété, seigneurie, hypothèque et réalité que du temps, jour et date de ladict insinuation en tant que touche ou peult toucher un tiers acquéreur ou détenteur. Et vaudra la dicta insinuation, tant pour acquérir la dicta propriété et seigneurie que pour le droit d'hypothèque et réalité concernant le fait de la garantie, en quelques lesdits héritages soient situés et assis", (art. 1). Quant aux actes pour lesquels ces transferts sont opérés et qui sont visés par l'Edit, ce sont tous actes d'acquisition entre vifs ou à cause de mort, testament, legs, fideicommiss, substitutions, contrat de mariage, etc ou autre et même le désir de publicité pousse le roi à déclarer (art. 17) que "les vendeurs d'aucuns héritages et choses immobilières seront tenus d'exprimer par les contrats de vente les charges, rentes et hypothèques spéciales anciennes et nouvelles, dons et legs dont les héritages et choses par eux vendus et aliénés seront chargés mesmement telles qui par eux ont été créées et... les acquéreurs ne seront tenus à la restitution des héritages, ne icelles rentes payer ne acquiter" que si ces vendeurs les ont déclarés dans leur contrat et dans leur insinuation.

L'insinuation n'est que l'instrument de la publicité: elle n'y suffit pas. Le greffier détenteur des registres sera tenu de faire communication de ces registres à qui le demandera et les parties auront même le droit d'exiger des extraits desdits registres en ce qui les concerne, lesquels devront être signés et certifiés par le greffier. Enfin l'insinuation doit être faite dans les deux mois de l'acte et à cette condition vaudra rétroactivement jusqu'au jour de l'acte lui-même. Tel est

cité.

l'aménagement de cet Edit de 1553 qui était d'une indéniable importance: la royauté en venait du premier coup à organiser un service complet de publicité des droits réels immobiliers dans quelque acte qu'ils fussent constitués et quelles que fussent la nature et l'étendue de ces droits. Cette insinuation du reste avait quelque peine à s'appliquer aux hypothèques générales comme aux hypothèques légales et judiciaires. L'édit ordonnait, (art. 7 et 8), l'insinuation de l'acte au greffe du domicile du débiteur, avec faculté pour le créancier de renouveler l'insinuation à l'acquisition de chaque nouveau bien par le débiteur, au greffe du lieu de l'immeuble. Le but de toutes ces mesures est indiqué dans le préambule de l'ordonnance: il est utile de donner toute sécurité aux contractants et de les pousser ainsi à un commerce juridique plus intense. Le roi estime que c'est une mesure qu'il convient d'étendre à toute la France et il la compare au système du nantissement dont il voudrait faire une règle générale. Cette ordonnance paraît raisonnable et il est certainement regrettable qu'on n'ait pu l'appliquer dès ce moment dans toute sa rigueur. Elle se heurta pourtant à de très vives résistances et tout d'abord à celle Parlement qui refusa l'enregistrement car il considérait ledit Edit comme "dommageable tant au roi qu'aux sujets". Le roi résista, le Parlement s'entêta et finalement n'enregistra que "mandato regis".

L'édit est abandonné en 1563: suppression des greffiers.

Nouvelle tentative en 1581, son échec.

L'Edit, en fait, ne s'appliqua d'ailleurs pas de façon efficace. Le roi s'en plaint dans un autre Edit de Janvier 1554 où il parle de la "malice d'aucuns ministres de la justice, notaires, tabellions et parties contractantes". Le nouvel Edit ne changea rien à ce fâcheux état d'esprit et le roi se sentant décidément hors d'état de venir à bout de cette résistance latente supprima d'abord un à un les greffes d'insinuation et par l'Ordonnance de Janvier 1560, (1561 nouv. style), supprima même en bloc tous les offices de greffiers d'insinuation sans rapporter pourtant l'Ordonnance de 1553. Les greffiers disparus, l'insinuation devait, comme on le pense bien, disparaître elle-même.

Autre tentative en 1577 qui fut abandonnée de même sur la remontrance des parlements. Un autre essai enfin eut lieu un peu plus tard, en Juin 1581 qui ne parle plus d'insinuation mais d'enregistrement obligatoire de tout acte d'aliénation ou constitutif d'hypothèque et de réalité, lequel enregistrement doit avoir lieu dans les deux mois de l'acte, qu'il soit entre vifs ou à cause de mort. Le régime est sensiblement le même que celui de l'insinuation: le droit ne pourra être acquis sans enregistrement, même en cas de

mise en possession de l'acquéreur; en cas de conflit entre acquéreurs du même bien, on préfèrera celui dont l'enregistrement sera antérieur en date. Le roi déclare dans le préambule qu'il veut faire cesser fraudes, procès, faussetés... qui se commettent chaque jour par certains notaires et tabellions..es actes et contrats qu'ils passent et reçoivent. C'est une surveillance complète des notaires que le roi veut exercer, puisqu'il oblige à l'enregistrement non seulement les actes translatifs de droits réels, mais même les baux perpétuels, emphytées et autres contrats des susdits.

Cette fois, l'Edit fut mis à exécution, mais le peuple se révolta contre les frais occasionnés par ce nouvel enregistrement et aussi s'insurgea contre la violation du secret des affaires privées. Henri IV révoqua l'Edit en Mars 1592.

Ce dernier Edit de 1581 n'avait pas, au point de vue de la publicité, un but aussi pur de tout alliage que celui de 1553. C'était autant un Edit fiscal que d'ordre privé: c'est cet Edit de 1581 qui est au fond le point de départ de notre institution actuelle de l'enregistrement.

Il convient de s'arrêter ici un instant et de résumer ces tentatives royales en faveur de la publicité du transfert des droits réels. Elles aboutirent toutes successivement à un échec complet par la faute des Parlements et aussi de la population. La grosse responsabilité de cet échec incombe surtout aux hommes de loi et aux notaires qui craignaient de voir leurs fonctions passer aux mains des greffiers devenus les surveillants de toutes les aliénations, tandis que ce rôle appartenait jusqu'ici aux notaires. Nous avons vu les clauses qu'on insérait dans les actes comme celle de désaisine-saisine qui n'assuraient le transfert du droit réel qu'à la condition d'être insérées dans un acte notarié. Elles avaient beaucoup fait pour transformer les notaires en véritables ministres des transactions fonciers et même plus généralement des transactions privées. Quand ils virent que cette autorité allait leur échapper et passer à des officiers royaux, ils firent tout pour l'empêcher.

Ajoutez-y la répugnance de la population. Elle redoutait la surveillance royale, voyant dans toute espèce d'inventaire tenté sur sa fortune, une sorte de prélude à un impôt nouveau. Cela était d'ailleurs justifié parce que les intentions de la royauté n'étaient pas toujours aussi pures qu'on aurait pu le souhaiter: en 1581 l'enregistrement est, dans l'intention

Comment s'explique l'échec de la royauté.

du roi, organisé tout autant dans le but de procurer au roi de nouvelles ressources par les nouvelles charges et d'éviter que le roi ne soit frustré par ignorance des droits et profits d'aliénation qui pouvaient lui revenir.

A partir du XVII^e siècle, la royauté sentit qu'elle avait échoué et abandonna son projet original d'établir une publicité des transferts de droits réels qui lui semble maintenant irréalisable. Le XVI^e siècle constitue donc dans toute notre histoire comme une première phase. On a tenté de soumettre à la publicité tous les transferts sous une forme aussi large que possible. L'échec est venu si complet qu'il n'en a plus été question par la suite.

Au XVII^e et au XVIII^e, on s'efforce d'organiser la publicité des charges immobilières et de permettre la libération de la propriété foncière.

Une 2^e phase se déroule surtout durant la seconde moitié du XVII^e et le XVIII^e siècle tout entier. Dans cette deuxième phase, les choses vont prendre une allure assez différente. La royauté s'attachera à une œuvre beaucoup plus réduite qui intéresse elle aussi le crédit public et foncier, qui recourt comme la précédente à la publicité mais qui ne vise plus qu'une partie du problème foncier et non son ensemble comme au XVI^e siècle. Désormais on s'attachera surtout aux charges réelles qui grèvent la propriété foncière et on travaillera à permettre à cette propriété foncière de s'en libérer de temps en temps, afin de ne pas succomber sous le fardeau. C'est un esprit voisin de celui qui avait fait tenter d'organiser la publicité au XVI^e siècle, mais qui pourtant ne se confond pas avec lui. Cette publicité qui permettra au titulaire de la propriété foncière de temps à autre de l'alléger s'était aussi déjà fait sentir au XV^e siècle, en ce qui touchait à la propriété bâtie et aux rentes constituées. Elle avait abouti à autoriser le rachat des rentes et mené à la construction de toute la théorie des rentes constituées rachetables au gré du créditeur. C'est avec une intention voisine que la royauté du XVII^e siècle et du XVIII^e siècle, s'est attaquée exclusivement au droit réel d'hypothèque. Ces hypothèques étaient en effet devenues très nombreuses et étaient restées occultes. Pour constituer une hypothèque, il suffisait du consentement des parties comme à Rome, consigné dans un acte notarié. L'échec de l'insinuation qui affecta les hypothèques comme tous les autres droits réels les avait ramenées à leur condition originale. L'acheteur d'un immeuble ne savait jamais exactement les hypothèques qui grevaient l'immeuble acheté. Le silence du vendeur au moment de la vente n'altérait nullement leur efficacité. Le danger pour l'acquéreur était pourtant moins grand que n'était au

XV^e siècle celui des rentes foncières, parce que ces rentes étaient de leur nature perpétuelles, tandis que l'hypothèque étant attachée à une créance était de sa nature provisoire et devait nécessairement pouvoir s'éteindre en même temps qu'elle et de la même manière. L'acquéreur risquait pourtant d'être étranglé par les hypothèques comme par les rentes s'il avait commis l'imprudence de payer son prix, sans avoir la certitude que les créances hypothécaires étaient remboursées. Et comment en être absolument certain, puisque leur existence ne se révélait par aucun signe extérieur ? La situation était donc à cet égard moins grave sans doute que pour les rentes, mais néanmoins souvent très embarrassante pour l'acquéreur et risquait de le détourner d'une acquisition dont le profit net ne lui paraissait pas clair. N'était-il pas naturel que, du moins, lors de la transmission de l'immeuble, le nouvel acquéreur fut désireux de dresser le bilan exact de cet immeuble et de reprendre l'intégralité de sa chose en employant son prix à rembourser les charges hypothécaires ?

Pour parler plus nettement, dans la pratique de l'hypothèque, l'acquéreur du bien hypothéqué dont on se souciait fort peu jusque là, pouvait désirer deux choses : 1° - savoir exactement quelle charge hypothécaire grevait l'immeuble qu'il achetait, dont le poids diminuait pour lui la valeur nette de l'immeuble et qui l'exposait à voir son bien saisi et vendu, en cas de défaillance du débiteur, à moins qu'il ne consentît à rembourser le créancier de ses propres deniers. 2° - savoir comment s'y prendre pour libérer son immeuble de toutes les charges connues ou inconnues qui grevaient celui-ci et pour s'affranchir désormais de tout danger de saisie et de vente en désintéressant le créancier. L'échec du régime de publicité tenté au XVI^e siècle, soulignait et rendait plus aigüe la première préoccupation. Et quant à la seconde, elle supposait reconnu à l'acquéreur le droit de libérer son immeuble à son gré, comme s'il était lui-même débiteur personnel du créancier. C'était une faveur qu'il était à la fois équitable et conforme à l'intérêt général de lui accorder. Il est souhaitable, au regard du crédit public, que les terres soient autant que possible libérées de tout engagement et de toute charge.

Jusqu'à la vente, le débiteur avait manqué d'argent pour libérer sa terre. La vente était une circonstance inattendue qui permettait cette libération. Il convenait d'en profiter et d'organiser cette procédure de libération. Le prix de vente ne saurait être

mieux employé qu'à rembourser les créanciers hypothécaires. Si ceux-ci préféraient conserver leur créance, ils pouvaient s'entendre répondre que l'intérêt public est ici d'accord avec le désir de l'acquéreur d'avoir un fonds libéré d'obligation.

Organisation d'une procédure de purge des hypothéques indépendantes de la procédure du décret forcé.

Tel est le double problème que le XVII^e siècle et le XVIII^e siècle se sont résolus à examiner et ont en grande partie tranchés, le problème de la publicité de l'hypothèque à l'égard de l'acquéreur et celui de la purge de l'hypothèque. Il est plus étroit que le problème général de la pudicité des droits réels qu'a vait abordé le XVI^e siècle. On a seulement en vue d'organiser un régime qui va obliger le créancier hypothécaire à déclarer l'existence de son hypothèque, et à déclarer en même temps le montant de sa créance, le titre sur lequel il la fonde et tout cela dans un délai qui lui sera imparti et sera déterminé pour lui sous peine de forclusion. S'il ne fait pas sa déclaration dans le délai imparti ses intérêts sinon de créancier du moins de titulaire du droit réel d'hypothèque risqueront d'être atteints et cette obligation à la déclaration se produira dès que l'acquéreur aura manifesté qu'il le désire. C'est un régime de publication du droit réel d'hypothèque qui ne s'impose aux créanciers hypothécaires qu'en cas d'aliénation de l'immeuble, en attendant d'ailleurs que la publicité puisse être imposé à l'hypothèque même dès sa constitution, en dehors de toute aliénation.

Jusque là la liquidation de l'hypothèque intervenait bien parfois, mais seulement quand le créancier voulait être payé. Celui-ci poursuivait le débiteur et à défaut de paiement faisait procéder à la vente publique de l'immeuble. Celle-ci avait lieu par décret d'adjudication. C'est la procédure de décret forcé qui intervenait. La disparition de l'hypothèque avait lieu quand la vente publique s'était produite et qu'un nouvel acquéreur avait été investi. Tout cela supposait la volonté du créancier de se faire payer et la procédure du décret forcé. Mais c'est seulement au XVIII^e s. qu'on a conféré au tiers acquéreur le même droit à la liquidation du passif hypothécaire. Quand on a voulu au XVIII^e siècle organiser une purge des hypothèques même en cas de vente amiable on a d'abord simulé un décret forcé et organisé au moyen d'une fiction la procédure du décret volontaire. On suscitait l'intervention d'un créancier et cette intervention menait à la purge.

C'est seulement sur ce domaine que la législation royale a travaillé pendant les XVII^e et XVIII^e siècles en organisant, à côté de la purge par décret forcé, une autre procédure de purge destinée à éteindre l'hypothèque au cas de vente amiable par le distri-

bution du prix de vente entre les créanciers selon leur ordre de préférence. Le prix épuisé, le droit réel des créanciers hypothécaires non payés sera éteint puisqu'il ne correspond à aucune richesse libre qui en forme l'assiette, la terre en sera libérée. Tout ce travail relatif tant à la publicité des hypothèques qu'à leur purge est en réalité contenu dans deux ordonnances célèbres dont l'une n'a pour ainsi dire pas été appliquée et dont l'autre est l'origine directe de notre régime actuel. L'histoire de la publicité dans son application aux droits réels immobiliers revêt donc une apparence très différente aux XVII^e et XVIII^e siècles de ce qu'elle était au XVI^e siècle.

L'ordonnance de mai 1673 organise la publicité des hypothèques.

La première ordonnance est celle de mai 1673, ordonnance sur les greffes d'opposition, due à Colbert. Il n'est pas exagéré de dire que c'est une des plus belles de notre ancien droit. Elle organise la publicité des hypothèques et des droits d'usufruit par voie d'enregistrement sur le registre de baillage de la situation du bien (art. 29), l'inscription faite de l'hypothèque à la demande du créancier hypothécaire conservera le droit de préférence aux créanciers inscrits à l'encontre de ceux qui ne le seraient pas, c'est-à-dire que l'hypothèque inscrite primera l'hypothèque qui ne le serait pas, à supposer même que la date de l'hypothèque non inscrite soit antérieure à celle de l'hypothèque qui l'est. C'est donc d'après la date d'enregistrement qu'on fixera le rang des créanciers. L'inscription doit être faite dans les quatre mois du contrat et rétroagit alors jusqu'au jour du contrat. Postérieurement à ce délai, l'inscription ne prend rang qu'à sa date. C'est la reprise pour les hypothèques de l'Edit de 1553 sur les aliénations. L'inscription en question n'est pas autre chose que l'insinuation. C'est de cette publicité que l'ordonnance tire toutes les conséquences habituelles, notamment quant au droit de préférence.

Son abrogation en 1674.

Cet Edit de 1673 troublait lui aussi bien des errements de la pratique et il resta lui aussi inexécutable. En Avril 1674 il fut abrogé, il s'était heurté aux mêmes résistances que l'Edit de 1553. Ce premier texte est peut-être le plus important de tous et a mis tout le monde judiciaire en mouvement.

L'Edit de Février 1771 organise une procédure de purge.

Le 2^{ème} est de Juin 1771; plus réduit par sa portée en même temps que plus étendu par ses prévisions que le précédent. Plus réduit, parce que l'inscription de l'hypothèque ne s'applique plus qu'au cas où l'immeuble a été aliéné, tandis qu'en 1673 elle avait lieu dès que la convention d'hypothèque avait

été conclue. Cet Edit n'oblige en outre le créancier hypothécaire à se déclarer et à faire opposition qu'au cas où l'acquéreur a manifesté l'intention de libérer son immeuble et demandé des lettres de ratification à cet effet. Voilà en quoi l'Edit de 1771 est plus étroit.

Il est plus étendu en ce qu'il organise complètement la procédure de purge et substitue au décret volontaire, usité à l'instar du décret forcé, les lettres de ratification. C'est de cette partie de l'ordonnance que s'est inspiré notre code de procédure et même notre C.C. sur certains points.

Voilà les deux grands textes qui au XVIII^e siècle traduisent le souci de la royauté pour la publicité des droits réels.

De 1673 à 1771, de nombreux projets furent élaborés pour la création de bureaux destinés à recevoir les oppositions des créanciers hypothécaires, c'est à-dire en somme à la publicité de l'hypothèque. Aucun ne put aboutir.

L'Edit de 1771 ne fut exécuté que de façon très inégale suivant les provinces et le ressort des parlements. N'empêche qu'il a apporté dans toute cette matière de l'hypothèque un progrès appréciable pour la publicité de l'hypothèque et manifesté la volonté du législateur d'introduire plus de simplicité en cette matière.

Toute cette histoire de la publicité n'est pas très brillante. Les échecs se sont ajoutés aux échecs et si sur quelques points il y a eu quelques résultats, les résultats n'ont pas l'ampleur souhaitable. C'est que cette question de publicité n'avait pas encore pris l'acuité qu'elle prendra par la suite.

LA POSSESSION

Pourquoi la possession à Rome est protégée en tant que telle?

En droit romain, c'est une des finesse de la doctrine que d'avoir su distinguer possession et propriété. La possession, c'est tout simplement l'exercice, l'apparence du droit de propriété, exercice qui constitue un état de fait dont une société bien assise doit tenir compte pour éviter tout trouble matériel. On a toujours tendance à protéger l'état de fait d'abord parce qu'il est la manifestation d'un équilibre social qu'on a tout intérêt à ne pas rompre, et puis parce que d'ordinaire il correspond à l'état de droit; sa protection est donc habituellement un supplément de protection accordé à l'état de droit qui permet au propriétaire de n'être pas à tout instant obligé de prouver son état de droit. Jusqu'à ce qu'il ait

prouvé judiciairement son droit, il convient de lui faire confiance et de le présumer bien fondé dans ses prétentions. La protection de la possession est donc à Rome à la fois un appui accordé à la paix sociale et aussi un surcroît de protection de la propriété, puisque le possesseur est probablement le propriétaire.

A Rome, cette protection se traduit par l'octroi au possesseur de quelques procédures spéciales qui étaient des interdits. La législation romaine en distingue trois catégories : I^e la première et la plus importante, les interdits recuperande possessiois qui permettent de recouvrer judiciairement une possession perdue sans jugement. L'interdit de precario qui rentre dans cette catégorie ne nous intéresse guère : il a fait fonction d'action contractuelle attachée au précaire, jusqu'au jour où une action civile a été accordée à ce contrat. L'interdit unde vi se subdivise en interdit unde vi armata et unde vi

cottidiana. Tous deux sont accordés à celui qui a été dépossédé par violence et se différencient l'un de l'autre par l'intensité différente de la violence exercée, et ils s'apparentent aux actions pénales. Ces interdits unde vi s'appliquaient aux immeubles. Ils supposent l'un et l'autre la dejectio hors de l'immeuble du Paterfamilias ou de sa familia et ne sont accordés que pendant un an après la dejectio. Ils font recouvrer la possession et donnent droit à des dommages-intérêts. L'interdit unde vi cottidiana sanctionne la violence simple exercée par le dejiciens ou ses esclaves. Pour l'obtenir il faut avoir été nanti d'une possession saine, c'est-à-dire n'ayant été acquise nec vi nec clam, nec precario. Il n'est accordé qu'au vrai possesseur et non au détenteur.

A côté de cet interdit, il faut ajouter l'interdit de vi armata. Celui-ci suppose qu'on a fait intervenir pour la dépossession des hommes armés. Il suppose donc une lutte beaucoup plus intense que le précédent et, à cause de sa gravité, il est accordé pendant plus longtemps, même au delà de l'année de la dépossession, même si la possession était vicieuse chez le dépossédé et même au détenteur. Sous la République la vis armata cotoie de très près le délit pénal et même le délit public. Ce genre de violence devint très fréquent lors des troubles de la fin de la République, si bien qu'on crut nécessaire d'organiser pour le réprimer une action pénale privée : actio vi bonorum raptorum due au préteur Lucullus (ann. 678. 21.c.) sanctionnant le délit privé de rapina.

Les interdits
possessoires -
interdits recu-
perande posses-
sionis.

Il y a mieux : depuis l'Empire furent portées des lois pénales publiques contre ce même rense

époussessions
iolentes par une
procédure pénale
publique.

de violences : lois Juliae de vi qui supposent des violences avec attroupement. Elles sont de différents degrés; il y a le *legré de la vis privata et celui de la vis publica*. La *vis privata* eut le même champ d'application que l'interdit de *vi armata*. La *vis privata* et la *vis publica* diffèrent l'une de l'autre en ce que la peine corporelle infligée diffère, pour la *vis privata* (*confiscation*) et *publica* (*mort*). Toutes ces lois de répression sont, quant à leur résultat et aux faits prévus, assez voisines de l'interdit *unde vi*. Si je les signale c'est parce que peu à peu, dans le monde romain, le champ d'application de ces lois pénales publiques s'étendit, surtout celui de la *vis privata* dont le domaine coïncide sous l'Empire avec celui de la *vis armata*. La *lex Julia* sur la *vis privata* offerte à la victime concurremment avec l'interdit se trouva en fait lui être souvent préférée et absorba peu à peu en pratique l'interdit de *vi armata*. Le rapprochement constant de ces deux voies procédurales explique pendant le Bas Empire le mouvement de désuétude croissante de l'interdit *unde vi armata*. On préfère de plus en plus s'adresser à la procédure pénale publique, si bien même que sous Justinien on constate l'inutilité de l'interdit de *vi armata*: Justinien le supprime. Il n'y a plus qu'un chef de l'interdit *unde vi* qui est l'*unde vi cottidiana*. Au Bas Empire on assiste donc à ce phénomène de la substitution du crimen *publicum* à l'un des moyens possessoires antérieurs. Cette substitution se comprend d'autant plus que les violences à main armée se multiplient et que la sanction du crimen *publicum* est plus sévère et plus efficace que la sanction purement civile de l'interdit.

A côté de ces interdits recuperande possessiois qui doivent surtout nous intéresser, il y en a deux autres classes : les interdits retinenda possessois dont le but est assez différent et ne tend qu'à constater à qui appartient actuellement la possession pour lui permettre de la conserver; on y a recours surtout pour fixer à qui doit appartenir le rôle de défendeur dans la *rei vindicatio*. Il en existe deux à Rome et celui qui est spécial aux immeubles est l'*uti possidetis*. Enfin nous ne signalons que pour mémoire les interdits adipiscenda possessois qui sont issus dans la législation romaine de particularités procédurales.

Toute cette organisation complète et nuancée a fonctionné en Gaule avant les Invasions. Rien ne permet de penser qu'elle ne leur a pas survécu. On retrouve les interdits dans les lois romaines des Barbares. C'est tout naturellement l'interdit *unde vi* qui

interdits reti-
ndae posses-
sionis.

a protection
possessoire dans
les lois romai-
nes des Barbares.

y est surtout mentionné : les dépossessions sont devenues fréquentes et violentes et appellent une répression. La tendance à la fusion entre l'unde vi et la loi Julia déjà marquée avant les invasions n'a fait que s'accentuer au cours des désordres postérieurs. Le Bréviaire ne contient sur l'unde vi qu'un titre assez bref dans les extraits du Code Théodosien (Bréviaire C. Th. L. IV. T. 20 (21) Il y faut ajouter : aux Sentences de Paul, Liv. V. titre VII de interdicto utrum vi et T. 28 ad Leg. Julianum de vi publica et privata placé au milieu de l'étude de toutes les loisJuliae et qui vise l'action pénale publique voisine de l'interdit. La loi Julia de vi joue donc un rôle parallèle à celui de l'interdit.

Quant à la loi romaine des Burgondes elle contient deux titres sur la dépossession violente, le Titre 8 et le Titre 18. Elle est beaucoup plus proche de la loi Julia de vi que de l'interdit et elle a par dessus tout souci de punir les désordres qui accompagnent la lutte armée. Elle s'attache bien plus à fixer la peine (de mort) qu'à assurer la remise en possession. Le système romain subsiste donc, sous le bénéfice des réserves apportées ci-dessus.

Quel était l'état des choses non plus dans le monde romain, mais dans le monde germanique ?

La chose est bien plus incertaine quand on veut poursuivre la même enquête chez les Barbares. Les Germains distinguent-ils comme les Romains le fait et le droit, la possession et la propriété, il est bien difficile de s'en rendre compte. Le mieux pour tâcher de connaître l'état de choses sera peut-être de suivre un à un, autant que faire se peut, chacun des effets attribués à la possession dans le monde romain, pour rechercher pour chacun s'il a longtemps survécu à l'invasion ou s'il a vite disparu. C'est sans doute d'une façon successive et boîteuse que la possession s'est introduite dans ce monde barbare où elle ne devait être auparavant guère comprise.

Le mécanisme barbare de l'acquisition de la propriété n'aurait pas, à y regarder d'un peu près, rendu impossible une faveur provisoire accordée à l'apparence de droit comme est la possession. La propriété, en effet, s'acquierte dans le monde barbare par la vestitura, mise publique et solennelle en possession mais dans les temps très anciens, cette vestitura n'avait pas une vertu suffisante pour attribuer tout de suite la propriété au vestitus et écarter toute réclamation. Cette vestitura donnait publicité à la prétention du vestitus à la propriété mais permettait de contredire

La possession
chez les Barba-
res.

Situation du
vestitus pendant
l'année qui a
suivi la ves-
titura.

l'affirmation du vestitus pendant un an. Durant cette année intermédiaire qui part de la vestitura la position du vestitus restait dans la conception germanique un état de fait susceptible d'être modifié par l'allegation d'un état de Droit contraire. On voit aisément le lien qui aurait pu s'établir entre cet état de fait intérimaire et la possession romaine. Dans les deux cas il y a une apparence de droit, reconnu par autorité publique dans le monde germanique, manifesté par l'exercice du droit dans le monde romain.

Celui qui avait pris ainsi vestitura tirait il de cette vestitura, pendant la durée intérimaire, quelque avantage correspondant à la possession romaine ? Ce n'est pas à première vue une hypothèse inadmissible. Il y aurait eu là place à un mécanisme analogue à celui de la possession. Mais rien ne nous permet ni de l'établir ni de le nier.

Revenons à l'examen successif des différents effets de la possession à Rome pour déterminer s'ils sont acquis dans le monde germanique au moment des Invasions où s'il en est autrement.

I^e L'avantage élémentaire de la possession c'est le droit pour le possesseur de garder sa possession jusqu'à ce que soit prouvé contre lui l'existence d'un droit plus fort chez un tiers rival. Autrement dit, la possession donne au possesseur, en cas de doute sur l'existence du droit et d'attaque judiciaire par un préteud ayant-droit, la position de défendeur. Elle laisse les choses en l'état au profit du possesseur jusqu'à ce que son rival le demandeur soit parvenu à prouver que c'est lui qui a véritablement un droit supérieur. Cette condition de défendeur, à laquelle donne droit la possession, implique donc que la charge de la preuve va incomber au demandeur non possesseur. C'est au demandeur à prouver qu'il y a lieu de modifier l'état de fait. S'il ne le prouve pas, le possesseur conserve sa possession et y sera protégé par la puissance publique.

Qu'en était-il dans le monde germanique ? La preuve du droit va-t-elle être imposée au non possesseur, au demandeur comme à Rome, le possesseur demandeur n'ayant qu'à se tenir tranquille ? Question délicate. A vrai dire il est bien vraisemblable que ces temps primitifs n'ont pas connu la règle que la preuve incombe au demandeur, au non possesseur et qu'ils n'ont par conséquent pas connu non plus la règle que la possession donne la qualité de défendeur. Certains même estiment que pour les législations barbares qu'il faudrait au contraire retourner la règle romaine et

possession
sure au pos-
sieur la si-
uation de dé-
mandeur au cas
de contestation.

ette solution
paraît pas
voir triomphé
ns le monde
ermanique.
sence de rè-
le en matière
e preuve.

admettre que la charge de la preuve incombe au possesseur, au défendeur. On considérerait que la preuve se faisant ordinairement par serment, c'est plutôt un avantage qu'une charge d'avoir à la fournir. On aurait regardé le droit de faire la preuve non pas comme un inconvenient ou un danger mais plutôt comme un avantage. De fait dans les législations barbares c'est d'ordinaire le défendeur qui fait la preuve.

On l'explique par deux raisonnements : 1° Toutes les poursuites judiciaires sont originaiement pénales. Elles reposent sur une accusation lancée par le demandeur, la victime, contre le défendeur accusé. Or, dans ce monde impulsif, le premier mouvement en face de l'accusation portée, est celui qui pousse l'accusé à se révolter contre elle, à protester de son innocence et à en faire la preuve par son serment et celui de ses proches. C'est lui qui réclame le droit de faire la preuve. La règle de la loi n'est que le respect de la marche spontanée des choses. 2° - D'autres ajoutent que le droit de faire la preuve est dans le monde barbare, bien plus un bénéfice qu'une charge. Il fournit à l'accusé, par inflexion plus ou moins consciente du témoignage, qui ne recule même pas toujours devant le mensonge, le moyen d'échapper à la peine du délit. L'accusé réclame ce droit à la preuve comme étant contenu dans le droit de se défendre.

Ces explications ont le grave défaut d'être un peu trop systématiques et je m'attache plutôt à cette règle que dans les temps primitifs, en matière de preuve, il n'y a pas de règle du tout; que celui qui doit prouver c'est le plus faible des deux, celui qui n'a pas l'autorité nécessaire pour imposer tout de suite sa volonté par sa simple affirmation, celui qui a besoin de mettre de son côté l'opinion publique en établissant l'existence de son droit. Declareuil La preuve judiciaire dans le Droit franc, N.R.H. 1898 p. 231 et ss.

Il est à croire qu'à cette époque on ne traitait pas propriété ou possession autrement que toutes les autres contestations. Mais il me tarde, en abandonnant cette période inorganique et trop incertaine du droit, d'en venir à des temps beaucoup plus rapprochés et où nous avons quelques moyens de vérification.

A quelles solutions se sont alors arrêtées les populations barbares ? A la solution romaine qui veut que la preuve incombe au demandeur, c'est-à-dire au non-possesseur, ou à cette solution que certains attribuent volontiers aux législations primitives où la

le monde
llo-franc c'
t le défen-
r qui doit
re la preu-
ve.

preuve incombe au défendeur ?

On voudrait croire que la règle romaine l'a emporté rapidement comme étant la plus raisonnable. Il est préférable rationnellement de tenir l'état de fait pour préférable tant qu'il n'est pas démontré injuste. Il faut cependant reconnaître que les textes de l'époque franque nous montrent que c'est bien plutôt le défendeur qu'on somme de se justifier, en l'accusant d'avoir commis un délit, de posséder "malo ordine". C'est le demandeur qui invoque non pas sa possession actuelle, mais la possession passé dont il a été dépouillé par un délit et le droit qu'il avait de la conserver. Cet état de droit paraît avoir duré assez longtemps comme le montrent quelques textes de la période mérovingienne et carolingienne de Thévenin N° 25. formule de Tours f. 39 P.30. On y constate que le demandeur raconte qu'il a fait interroger le défendeur lequel a produit ses raisons et ses preuves.

Le demandeur formule donc son accusation, puis le juge cite le défendeur et lui demande comment il peut se défendre. La formule suivante, également empruntée aux formulae Turonenses montre le défendeur prenant la parole : il a été attaqué et, suivant l'usage, présente sa défense en disant quelle est la cause de son droit, en indiquant qu'il est propriétaire et de qui il tient sa propriété et en alléguant une hereditas. Il n'est, ni dans l'une ni dans l'autre, question d'une déclaration du demandeur : il a formulé son accusation et ne semble rien prouver. Au N° 89 p. I20, un texte de la région de Neustrie (an. 857) montre le même dessin de procédure et la même intervention de la preuve fournie par le défendeur; N° 94. p. I29, texte de 862, de Septimanie, au mal public de Narbonne, tiré des documents de l'Histoire du Languedoc, d'un pays où l'influence romaine aurait dû se maintenir.

Le demandeur, Richimer, mandataire de l'abbé du même nom, accuse Savigildus, possesseur et défendeur de l'avoir expulsé sans raison "malo ordine". C'est à lui de se défendre et de s'efforcer de démontrer qu'il avait le droit de faire cet acte d'expulsion. L'expulsion remonte à deux ans. Le demandeur n'en démontre pas la réalité : il se borne à l'alléguer et prend tout de suite l'offensive. Le missus et les juges interrogent le possesseur accusé, Savigildus et lui disent "Qui repondis ad haec de hac causa? Savigildus répond qu'il a acquis "non malum ordine nec injuste" et qu'il a une "scriptura emcionis" émanant de Pétrone. On convoque l'auctor qui allégué sa possession de trente ans. Il n'y a dans tout cela aucune trace de preuve fournie par le demandeur. A examiner ces textes, on peut con-

clure que, dans la plupart des cas, c'est le défendeur qui a fait la preuve et est tenu de la faire. Tel est l'état des choses, malgré l'influence contraire de la législation romaine et sous la forte poussée de traditions barbares dont nous ne pouvons rechercher bien haut l'origine.

La possession ne joue donc ici aucun rôle pour libérer le défendeur de son obligation à la preuve.

Pendant combien de temps en fut-il ainsi?

Le dernier acte de Thévenin sur cette matière N° 146, est de 1020 (Cartulaire de Saint Victor de Marseille N° 27) p. 2III. Ce long texte raconte toute l'histoire : comment le monastère, qui au X^e siècle avait été souvent dévasté et, contre lequel ont été souvent faits des empiétements menaçants essaya au XI^e siècle de se faire restituer de nombreux "alodes".

Parmi les usurpateurs, il y en avait de notables, comme l'évêché de Marseille lui-même. Ici, contrairement à ce que nous avons vu jusqu'à présent, c'est Saint-Victor, demandeur qui fit la preuve de sa propriété et présenta les Cartae donationis qu'il a retrouvées dans ses archives, pour montrer que les biens en question lui appartenaient.

Depuis cette époque, peu à peu, les notions romaines se sont répandues. Quelques exemples un peu postérieurs révèlent le changement d'attitude qui s'est complit désormais. Pour le Midi Cf. Cartulaire de Gellone. XII^e siècle, textes appliquant encore le régime ancien de la preuve par le défendeur : N° 291 p. 244. Ici déjà apparaît quelques hésitations. On sent que timidement les choses sont en train de se modifier. L'acte finit par une transaction intervenue après que le demandeur, Bernardus Raimundi, a été condamné pour n'avoir produit aucun témoin (ligne 22). C'est donc à lui qu'on demande maintenant la preuve. Et pourtant on juge nécessaire d'alléguer non pas seulement le défaut de preuve du demandeur qui a été condamné pour cela dans un premier procès, mais aussi la production d'une certae donationis. Chaque partie a donc été invitée à faire sa preuve et la nécessité pour le demandeur d'établir son droit a déjà fait son apparition. Le texte de II06-II20. Cf. aussi un texte analogue de II58 N° 5 pp. 445-446. La formule est encore plus saisissante : les demandeurs sont déboutés parce que nihil probabant sui juris esse, ils n'ont pas pu prouver l'existence leur droit p. 446 l. 11. Un texte de II58, N° 526, p. 4 ligne 16, rapporte la même formule qui s'est sans doute introduite généralement dans les formulaires. "Nihil probabant sui juris esset". Mais, pour étayer la solum

retour à la conception romaine dans le Midi de la France à partir du XII^e siècle.

tion encore contestée peut-être, on a ajouté que le demandeur n'a rien prouvé et qu'au contraire le défendeur a établi sa longue possession. Donc, peu à peu, la preuve est concédée aussi bien au demandeur qu'au défendeur et ainsi toute l'organisation fait retour vers la conception romaine. Mais ce n'est pas sans difficulté. Les choses ne sont pas allées plus vite que je ne le dis, au Midi.

ns le nord
est seulement
acquisition de
saisine par
délai d'an et
our qui épar-
e au possesseur
charge de la
reuve.
Desfontaines).

Au Nord le retour aux règles romaines rencontra plus de difficultés et au XIII^e siècle des traces rappellent encore la vieille règle ordinaire de ces populations barbares la preuve par le défendeur. L'ouvrage de Pierre Desfontaines (Ch. 21 N° 10 p.233) le prouve. L'auteur commence par dégager la règle que, celui qui clame en justice et qui fait défaut, sans excuse, perd la saisine qui passe à son adversaire, règle qui n'est pas de nature à nous étonner "ou se il défaillloit, come cil qui à son jor ne venist ne necontremandaet.... par nostre usage periroit-il la seisine, et

l'auroit ses adversaires. Mais voici qui nous intéresse bien davantage : "Mes de fonz de querele, puet à lui pleider sanz plus dedens l'an et dedens le jor qu'il a receuc la saisine par jugement.... On peut attaquer dans l'an et jour de son acquisition celui qui a obtenu la saisine, en alléguant qu'il n'a pas droit à la propriété (sur le fonds de la querella). A qui en ce cas va imcomber la charge de la preuve ? Au demandeur ? Non mais à celui qui a reçu la saisine, saisine non encore confirmée par l'expiration du délai d'an et jour, c'est à-dire au défendeur, on dirait à Rome au possesseur. Pourquoi ? Parce que tant que l'année n'est pas expirée, l'accipiens n'a aucun droit. Il faut même ajouter : aucune possession. Si le saisi ne peut pas faire sa preuve, la saisine reviendra au demandeur, antérieur à lui en possession et qui par conséquent n'a pas perdu la saisine. "Et se cilz qui ore est seisiz ne pocit postrer vers le desaisi qu'il eust droit en la propriété, il seroit mis hors de la saisine; et la rauroit cil qui prime la perdi sans recovrer les fruiz qu'on en auroit levez..."

La vestitura jusqu'à la fin de l'an et jour ne servira donc à rien au possesseur : sa possession ne lui sera d'aucun secours et ne rendra pas sa situation meilleure. J'exagère : si on ne lui accorde pas ce droit de pouvoir exiger la preuve de son adversaire, il garde pourtant le droit de conserver les fruits !"

La possession lui assure le droit aux fruits. il a perçus pendant l'année intérimaire, seul avantagé que lui accorde la possession. Au contraire, continu le passage, après l'an et jour, le saisi aura irrévo blement tout acquis.

Il résulte de ce texte curieux qu'il faut lire, que Desfontaines ne comprend pas cet état intermédiaire entre l'absence de tout avantage et le plein dominium qu'est la possession. Il ignore l'avantage primordial de la possession qui consiste dans la dis pense de la preuve.

Nous allons rechercher dans quelle mesure les choses ont changé, moins de 50 ans après chez Be manoir (N°s 1217, 1218).

La charge de la preuve imposée au défendeur est en harmonie avec le caractère pénal de la revendication à cette époque, conception qui se maintient jusqu'au XI^e siècle.

Jusqu'au XIII^e siècle la possession ne se dégage pas en droit; état de fait qui en résulte.

Quand, à cette date, on estima nécessaire la protection du propriétaire, même quand sa dépossession provient d'un simple accident, sans qu'il puisse affirmer la culpabilité pénale de celui qu'il attaque, on fut bien obligé d'exiger que cette victime demanderesse prouve la légitimité de sa possession. On n'avait pas d'autre fondement pour le protéger que l'allégation de son droit et il était le seul à pouvoir en faire la preuve. Désormais et par la force des choses, la preuve incombe au demandeur. C'est l'étape qu'il nous avons constatée du XI^e au XIII^e siècle. Poursuivons cette analyse. Désormais on ne se soucie pas encore de savoir, à supposer qu'aucune des parties ne puisse fournir de preuve, ce qui en adviendra. On n'examine pas encore quel sera l'état de fait qui va survivre à cette instance qui avorte; ce n'est pas, dans la carence de la preuve, que l'état de fait soit sans prix pour le possesseur; ce n'est pas qu'en réalité le possesseur puisse être dépouillé de la chose au cas où il n'y a aucune espèce de preuve, ce n'est pas que la situation postérieure à l'avortement de l'instance puisse être différente de celle sanctionnée par le droit romain, mais de tout cela on ne s'assurera pas encore, on ne se soucie pas encore de l'analyser. Il va de soi que tant qu'aucun droit contraire n'est établi, l'état de fait ne peut pas ne pas subsister.

En effet sur quoi se fondrait-on pour le modifier ? de sorte que celui qui se trouve nanti de la chose la garde, le possesseur reste en possession

Il est impossible de douter de ce résultat, car comment pourrait-il en être autrement ? mais c'est là un résultat dont on ne parle pas, c'est en quelque sorte un accident. L'instance ayant avorté, il ne s'est rien passé du tout, rien du moins qui puisse avoir une assiette juridique. La possession, qui est le fait auquel on reconnaît le droit de durer, n'est pas encore dégagée, on n'en tient aucun compte comme vous l'avez vu dans le passage de Pierre de Fontaines. Le fait du maintien du possesseur dans la possession, on n'en relève pas l'existence avant qu'on ne soit disposé à soustraire cet état de fait à sa fragilité naturelle. Cela se produira quand on reconnaîtra au possesseur le droit de résister à la violence : le fait de la possession est alors sauvegardé et garanti par cela seul que c'est le fait, même sans que le possesseur fournisse aucune preuve de son droit, la possession naît de ce jour : elle devient un fait coloré d'une teinte de droit. On découvre la valeur du fait de la possession, le jour où on le sanctionne, où des juristes nourris du droit romain retrouveront la construction romaine. Jusque là il n'en sera pas question. On ne parle pas de la possession, on ne la signale pas.

Beaumanoir explique l'avantage que fournit au défendeur possesseur l'avantage de sa possession.

C'est pour bien saisir le changement qui se produit soudain au moment où la possession apparaît qu'il faut en arriver à Beaumanoir, N° 1217. 1218 p. 12. Le N° 1217 dit : "Se deus parties ont a prouver l'une contre l'autre, si comme il avient souvent que chascune partie dit qu'a li appartient la saisine d'aucune chose ou la propriété d'aucun eritage et l'offre a prouver après ce qu'il a nice la reson que s'averte partie a proposee contre lui, se l'uns ne l'autre ne prueve riens, la partie qui pleroit en soi defendant gaignera la querele, car puis que cil qui fist demande contre li faut a prouver s'entencion, li defendere doit demourer quites et delivres". Voilà donc la règle que dans un procès pétitoire celui-là restera en possession qui est le possesseur, supposé que personne n'ait fait aucune preuve et cela ne lui causera aucun dommage en fait à lui le défendeur que lui-même n'ait pas pu faire sa preuve, eu égard à ceci que le demandeur a lui d'abord été incapable d'établir son droit : "ne ce ne li grieve pas qu'il failli a prouver ce qu'i avoit arami a prouver, puis que li demanderes failli aussi a prouver s'entencion. Et par ce puet on savoir que coutume se prent plus près d'assoudre ceus qui se défendent en plet que de baillier ce qui est demandé a ceux qui assaillent autrui de plet. A briement parler quiconques assaut autrui de plet et aramist a prouver les resons par quoi il veut avoir sa demande et après

faut de pruve, il faut à sa demande et est li defen-
deres delivres."

Voilà démontré clairement que Beaumanoir com-
prend fort bien l'avantage que fournit au possesseur
et au défendeur dans l'action pétitoire l'avantage même
de sa possession. Il y a là un pas important accompli
par la doctrine depuis Pierre de Fontaines qui ne dit
rien de semblable jusqu'à Beaumanoir qui l'expose de
façon très nette.

Néanmoins Beaumanoir n'est pas aussi ferme
dans sa doctrine que le N° 1217 pourrait le laisser
croire. La position favorable du possesseur et défen-
deur pourrait en effet, si on lit 1218 être fort bien
défendeur lors-renversée et retournée à son détriment si le défendeur
qu'il prétend dé-commettait une erreur de procédure : Il suffit pour que
montrer l'origine la situation soit renversée que le défendeur, au lieu
de son propre droit.

situation précaire du possesseur de se borner à nier la prétention du demandeur, ce qui
oblige régulièrement celui-ci à fournir sa preuve et
la met en mauvais point s'il ne peut la fournir, il suf-
fit au défendeur de se laisser aller à commettre une
maladresse pendant le débat devant le tribunal. Il suf-
fit que le défendeur allègue, pour contredire la préten-
tion formulée par le demandeur, la cause, l'origine, de
son propre droit, qu'il dise non pas : "je nie que tu
sois propriétaire", mais "tu ne peux être propriétaire,
parce que c'est moi qui ai acheté ce bien ou qui l'ai
reçu par testament". Le demandeur s'empressera s'il est
habile de nier aussitôt ce que prétend le défendeur :
"Je nie que tu aies acheté, que tu aies été investi par
testament." Alors le demandeur par cette négation oppo-
sée à l'affirmation superflue du défendeur rend en quel-
que sorte le défendeur demandeur et le met dans l'obli-
gation de prouver son allégation, de prouver son achat,
son testament. Tout ira bien si le défendeur est en me-
sure de faire cette preuve, mais s'il ne le peut pas
ce sera lui qui sera considéré comme ayant tort et de-
vant abandonner la propriété au demandeur alors qu'il
lui aurait été facile de la conserver par la grâce de
la possession en se bornant à nier le droit du deman-
deur. Il y a là un artifice de procédure qui semble à
Beaumanoir suffisant pour modifier la situation et le
droit de chacun "Autrement est en aucuns cas es queus il
avient souvent que li defenderes a à prouver et li de-
mandeur n'a que pouver." Il peut donc arriver que la
charge de la preuve incombe au défendeur au lieu du de-
mandeur et que celui-ci pour gagner n'ait rien à prou-
ver du tout. "si comme il avient que Pierres (demandeur)
demande à Jehan (défendeur) aucun eritage dont il est
tenans, ou aucun mueble, pour ce qu'il dit qu'il doit

estre siens par reson de descendement ou d'eshecite ou par aucune autre reson". Le demandeur, pour justifier sa demande, déclare correctement qu'il a reçu le bien de son ascendant ou par succession ou autrement "et Jehans respont encontre qu'a li apartient li drois de ce que Pierres demande parce qu'il l'acheta a celui qui avoit le pouvoir du vendre, ou parce qu'il li fu donnés ou lessiés en testament ou eschangés de tels persone qui le pouoit, ou parce qu'il dist que la chose li est venue, que Pierres li demande, par reson de descendement ou d'eshecite; et Pierres li nie les resons qu'il met avant par lesquels il dit que ce que Pierres li demande li doit demourer, en tous cas n'a Pierres qui est demanderes que prouver, mais Jehans qui est defendere a à prouver ce qu'il mist avant par quoi la chose li doit demourer..." On voit là une de ces habiletés si fréquentes au moyen âge qui permettent, sur une finesse de procédure, de retourner complètement la situation des parties.

N'empêche tout de même que au n° 1217, Beaumanoir a dégagé la règle qui fait bénéficier le défendeur de l'absence de preuve et impose cette preuve au demandeur en matière d'action réelle, parce que le défendeur possède.

Beaumanoir dégage pourtant la règle que faute de preuve du demandeur le possesseur garde la chose.

Nous voici donc revenus à une organisation procédurale analogue à celle du monde romain, à la règle que le possesseur, faute de preuve fournie par le demandeur, garde la chose et qui transporte la preuve sur la tête du demandeur. Cette règle est désormais acquise, reconnue, analysée par la doctrine et elle ne disparaîtra plus de notre droit. Nous sommes arrivés à la fin de cette crise qui avait pendant tant de siècles troublé la situation normale des choses.

Je me suis attardé sur ce N° 1217 de Beaumanoir, car il est plein d'enseignements. Si Beaumanoir en effet dégage bien la règle que le défendeur conserve sa position au cas où le demandeur ne peut faire la preuve de son droit, s'il applique cette règle dans l'action réelle où le défendeur est en même temps possesseur, c'est pourtant plutôt à sa qualité de défendeur qu'à celle de possesseur qu'il doit cet avantage. Pourquoi en est-il ainsi ? C'est ce que je voudrais essayer d'éclaircir.

La possession est certainement l'application la plus marquante de la règle que Beaumanoir veut dégager, à savoir que le défendeur est dispensé de fournir sa preuve. S'il ne l'applique pas lui-même au cas de la possession, c'est qu'à y regarder un peu près Beaumanoir n'a pas encore bien nette la notion de possession, telle que nous l'avons et que les Romains l'avaient.

Possession et propriété ne sont pas pour Beaumanoir deux aspects complémentaires d'une même chose.

y a en réali-
deux sortes
propriétés :
saisine ger-
nique d'an et
ur et la pro-
iéte romaine.

Pour nous propriété et possession sont comme deux aspects complémentaires d'une même chose : l'une est le fait, c'est la possession, l'autre est le droit, la propriété. L'une est l'embryon de ce que sera l'autre, c'est la possession, l'autre c'est l'état juridique dans tout son épanouissement, la propriété arrivée à sa perfection. C'est pour cela que, dans le monde romain comme aujourd'hui, on étudie la possession en fonction de la propriété, le procès possessoire étant la préparation du procès pétitoire, comme l'accessoire et la réduction du procès sur la propriété. Ce lien entre propriété et possession ne se présente pas sous le même aspect au XIII^e siècle dans Beaumanoir. Pour lui encore, saisine et propriété sont deux droits distincts, qui ne sont pas liés l'un à l'autre, qui ont chacun leur existence complète et indépendante. Les plaidis sur la saisine et ceux sur la propriété sont complètement différents les uns des autres comme peuvent l'être les plaidis qui portent sur deux droits entièrement distincts. Ainsi Beaumanoir à propos de cette saisine, N° 199 et 200, p. 100 parle de la demande sur saisine d'héritage : "Aucuns i a qui ont mestier de former leur demande seur saisine d'eritage tant seulement en tel maniere qu'il ne touchent de riens en leur demande la propriété, pour ce que s'il touchoient la propriété en leur demande li ples seroit demenés selonc la propriété..." Il distingue bien le plaid sur la propriété et le plaid sur la saisine. Celui-ci terminé, on pourra commencer celui sur la propriété. Au N° 200 les formules de Beaumanoir sont différentes selon qu'il s'agit du plaid sur la saisine ou du plaid sur la propriété. De même la procédure, de même les modes d'acquisition de la saisine et de la propriété sont différents. N°s 385 et 686 : "Usages de an et de jour pesiblement soufist a aquerre saisine". La saisine s'acquiert par la possession d'an et jour "si comme quant aucuns a une terre labouree, - ou une vigne ou autre eritage, - et despouillie pesiblement .I. an et .I. jour, et aucun vient qui li empêche, li sires li doit astér l'empeechement, s'il en est requis, et tenir ce li en sa saisine dusques a tant qu'il perd par plet ordene la propriété de l'eritage". Quant à la propriété, Beaumanoir en parle au numéro suivant : "Le seconde maniere d'usage, (la deuxième propriété pourrait-on dire), c'est celle qu'on acquiert par 10 ans (c'est l'ancien dominium romain) si est de tenir l'eritage par .X. ans pesiblement a la veue et a la seu de ceus qui l'empeechement i veulent metre. Teus maniere d'usage vaut a aquerre propriété et saisine de l'eritage, mes que l'en mete aveques l'usage cause soufisant dont l'eritages vint, comme d'achat, ou de don, ou de

lais, ou d'eschoite, ou de succession, et avec ce que l'en le tiegne de seigneur par aucune redévance que l'en en doit."

Sous Beaumanoir plutôt que de propriété ou de possession, il convient de parler de deux formes de propriétés : la saisine, la propriété germanique qui s'acquiert par an et jour, qui n'est pas du tout un simple fait comme la possession et dont la persistance engendrera la propriété, la saisine, droit tout complet, comme le droit de propriété lui-même, propriété moins difficile à acquérir parce que les Germains exigent un moins long temps pour son acquisition, propriété moins respectable aussi que le dominium, à cause de la moindre durée possessoire nécessaire à son acquisition. Quand au N° 1217 Beaumanoir parle des plaidz auxquels il fait allusion, il les indique tous deux distinctement, propriété et saisine : "... a li appartient la saisine d'aucune chose ou la propriétés d'aucun eritage..." Tout ce qu'il dit à ce numéro s'applique aussi bien à la procédure relative à la saisine qu'à celle relative au dominium romain, car ce sont deux propriétés de même nature quoique de degré différent.

Beaumanoir en est encore au point où les deux propriétés ne se sont pas encore assigné un rôle différent. Pas à pas elles vont se superposer l'une à l'autre pour jouer l'une le rôle de la possession vis-à-vis de l'autre. La saisine germanique qui est un droit de propriété va, en égard à son infériorité, au moindre respect, à la moindre légitimité qui l'accompagne, se subordonner à la propriété romaine et peu à prendre la fonction et jouer le rôle que jouait à Rome la possession par rapport à la propriété.

Dans Beaumanoir la fusion entre les deux n'est pas encore opérée. Saisine et propriété ne sont pas encore articulées l'une à l'autre. Elles sont parallèles et c'est pour cela que Beaumanoir les examine distinctement, séparément l'une de l'autre. C'est probablement à cause de cette origine foncière qui va en s'atténuer que la saisine, quand elle jouera le rôle de possession gardera pourtant quelque chose de son ancien caractère. C'est ce qui explique la formule de Loysel dans son apparence un peu énigmatique : "Possession vaut moult en France encore qu'il y ait du droit de propriété entremêlé". Je le crois bien, puisque cette possession en France, son rôle et sa place sont tenus par l'ancienne propriété germanique dont l'on n'a pas pu effacer complètement les traits originaires.

Distinction de
la saisine et
de la posses-

C'est pour cela aussi que quand l'ancienne notion romaine de propriété fut mieux comprise on fut sur le point d'admettre une double possession, une

sion dans le
Grand Coutumier.

possession de la propriété du dominium et une possession de la saisine parce que propriété et saisine sont deux droits distincts dont chacun comporterait une apparence, un exercice différent. Cf. Grand Coutumier p. 232 : En toutes saisines (c'est donc qu'il y en a plusieurs) le possesseur est de meilleure condition; car ja soit ce qu'il soit moins fondé selon droit, ou qu'il n'ait que possession encors telle quelle, toutesfois se le demandeur son adversaire ne prouve son droit, la saisine sera adjugée au possesseur. "Ja soit ce que le droit de possession et saisine n'aient point de différence expresse, toutesfois par coutume ils ont telle différence que comme à juste cause et à injuste cause possession se peult acquérir par occuper seulement, mais se acquiert momentanément et par icelle possession continuée, la saisine est acquise par an et jour. Et pour ce, par la coutume saisine est réputée juste de soy.... mais possession non."

D'Ableiges distingue bien possession et saisine. Bien que la saisine soit déjà la possession, il lui reste quelque chose du caractère juridique de la propriété qui lui appartenait autrefois, c'est en mémoire de cet ancien caractère que la saisine se superposera souvent à la possession romaine. La lecture de Loysel donne le même sentiment dans la Maxime 2, L. V. Tit. IV : "En toutes saisines le possesseur est de meilleure condition; et pour ce, qui possidet et contredit deum tentat et offendit."

Il entend le mot saisine non pas dans le sens de possession, mais dans le sens ancien de propriété germanique : que ce soit une propriété acquise par an et jour, ou une autre acquise par 10 ou 20 ans : le possesseur est de meilleur condition. Il y a donc comme deux sortes de possession, l'une pour la saisine d'an et jour et l'autre pour la propriété romaine. C'est ce parallélisme persistant de la saisine et du dominium, en opposition avec le rapprochement entre la saisine et la possession que provoque la dignité amoindrie de la saisine, qui a rendu si confuse l'histoire de la saisine chez nous.

En voilà assez sur ce premier effet de la possession : l'attribution de la qualité de défendeur au possesseur et la dispense de preuve qui lui est accordée.

A partir de Beaumanoir ce premier avantage est acquis.

La possession n'a pas seulement cet avantage de permettre au possesseur de conserver la chose dont il a la possession. Elle lui donne encore le

Droit pour le possesseur expulsé sans raison de

récupérer la possession de sa chose.

Les interdits recuperandæ possessionis à Rome.

disparition de la protection possessoire à l'époque barbare malgré les efforts de la législation.

droit quand il a perdu sa possession, sans autre preuve que celle de sa possession perdue, de demander à la recouvrer, sans qu'on ait à rechercher si celui, aux mains de qui est échue cette possession perdue, avait le droit d'y prétendre. Cette absence de droit chez celui qui s'est saisi de la possession d'un autre on l'a tout de suite présumée lorsque le nouveau possesseur a eu recours à la violence pour s'en saisir au lieu d'user des procédés juridiques de transfert. Dans ce cas comme c'est à sa seule volonté envahissante qu'il a fait appel on déclare de très bonne heure qu'il convenait de protéger le possesseur contre cette invasion.

A Rome le possesseur dépouillé avait à sa disposition les Interdits recuperandæ possessionis, dont le principal était l'interdit unde vi, qui survit dans quelques lois romaines modifiées par les Barbares. En même temps avait pris naissance à Rome une répression pénale contre celui qui use de violence, même en vue de l'expulsion d'un possesseur (Leges Juliae de vi) Dès avant les Invasions ce mode pénal et public de répression de la violence dans son application à la dépossession s'était beaucoup répandu. Peu à peu il est visible que la législation ou la pratique du Bas Empire laisse de côté la procédure de l'interdit et préfère recourir à la loi pénale. Les violences se sont multipliées et le pouvoir social qui lutte contre le désordre croissant pense y mieux réussir en augmentant à chaque changement la dureté des sanctions. Celui qui dépose sède violemment doit d'abord et seulement restituer la possession de la chose et réparer le dommage qu'il a causé. Très vite on déclare même qu'il perdra la propriété de la chose qu'il a soustraite s'il en est propriétaire et s'il ne l'est pas il devra payer au possesseur dépouillé une somme égale à la valeur de la chose. Plus tard la sanction s'aggrave encore : on condamne l'invasor à la déportation, parfois même à la mort. Les dispositions légales qui traduisent cette condamnation de la violence vont en se multipliant et on en peut trouver une longue suite aux III^e et IV^e siècles. (C. Théod. IX. 10 l. 3 de Constantin - II. 26 l. 2 "invasio" de limites - II. 2. const. Arcad. et Honorius - IV. 22.2. Gratien et Valentinien - id c.3. 2° const. de Valentinien, II ann. 389.)

Ces dispositions pénales ajoutées à l'unde vi et qui l'ont dans bien des cas absorbé, se retrouvent au Bréviaire d'Alaric et même la nécessité de lutter contre la violence apparaît si évidente que des lois barbares l'ont exprimée dans leur rédaction (Loi Ripuare, tit. 59 § 8 Loi des Bavarois des Lombards) et toute

cette littérature pénale contre la violence se prolongera sans interruption pendant toute la période carolingienne. Capitulaire de Pavie, de Pépin, Ch. XIV; Boretius, p. 200. Cette multiplication de lois, cette répétition des sanctions est une preuve de leur inefficacité. Tout cela montre que la violence triomphe et à mesure que ces lois pénales se succèdent et se multiplient, à mesure l'interdit unde vi, protection première et efficace à sa création, a cessé d'être invoqué à l'époque franque. De même les distinctions établies autrefois selon la qualité de l'expulsé (propriétaire ou possessor), selon la prétention des déjiciens (sanction différente quand il prétend à la possession ou à la propriété, quand il soutient une attitude juridique ou qu'il n'est qu'un simple voleur ne se fondant que sur sa volonté de brigandage), toutes les nuances que dégage une législation soucieuse d'une équité raffinée ont complètement disparu; l'interdit et la protection possessoire s'évanouissent en même temps que ces degrés successifs distingués dans la culpabilité de l'acte et ne laissant plus apparaître que le phénomène brutal et commun de l'expulsion violente.

On parvient ainsi avec une absence de plus en plus sensible de protection possessoire jusqu'au IX^e siècle. A cette époque c'est à l'Eglise et au droit canon qu'on doit le réveil de la protection possessoire contre la violence et c'est en droit canonique qu'il faut chercher la première trace. Ce réveil se relie à de vieux textes romains et se manifeste par l'apparition de l'exceptio spolii. La naissance de cette exceptio est due à une réaction contre les grands troubles intérieurs qui se sont produits vers cette époque dans le sein de l'Eglise.

parution de
'exceptio spolii
ans le droit
anon du IX^e siè-
le pour proté-
er les évêques
contre les accu-
ations calom-
ieuses.

A ce moment on exerçait fréquemment des violences contre les évêques. Les évêques avaient une autorité croissante dans le monde franc. Ils étaient fort jaloux à cause de leur autorité morale et aussi des biens nombreux dont ils avaient l'administration. Il n'y avait pas une élection d'évêque qui ne fut l'objet d'attaques plus ou moins directes ou violentes. Afin de venir à bout de celui qu'une coterie voulait chasser, on commençait par l'expulser violemment de sa ville épiscopale, puis on prétendait l'empêcher d'y rentrer coûte que coûte et on alléguait dans ce but que c'était injustement qu'on l'avait ordonné car il était canoniquement incapable d'exercer la fonction dont on l'avait investi. On cherchait à démontrer à l'aide d'une poursuite criminelle qu'il avait commis un crime, que c'était un adultera, un assassin ou un simoniaque et on s'imaginait qu'on pourrait faire durer longtemps le procès et que

pendant ce temps l'évêque étant chassé de sa ville on trouverait bien plus facilement des gens pour témoigner contre lui, même de ce qu'ils n'avaient pas vu, on estimait que les conjonctures seraient plus favorables aux perturbateurs si l'évêque était hors de sa ville épiscopale et qu'on viendrait plus facilement à bout, fut-ce par lassitude ou par corruption, de tout l'entourage de l'évêque. On espérait enfin pouvoir légitimer la violence en prouvant que celui qu'on avait dépouillé méritait son sort.

C'est alors qu'en réaction contre ces procédés se fonda dans l'Eglise une doctrine qui autoriserait l'évêque spolié et qu'on poursuivait criminellement devant la Cour de Rome ou devant le Concile à se refuser à toute espèce de conversation à ce sujet, à ne rien répondre à la poursuite avant d'avoir été remis en possession. D'où cette première règle que l'évêque expulsé par violence doit avant toute autre chose être réintégré sur son siège, ramené dans sa ville épiscopale, sauf ensuite à examiner le bien-fondé de la poursuite criminelle dont il avait été l'objet. C'est ce qui se trouve dans l'*exceptio spolii* et le fameux canon *redintegranda*.

La poursuite criminelle intentée après l'expulsion avait pour but d'établir l'indignité de l'évêque, son incapacité, c'est-à-dire en somme la nullité de son ordination, faute par lui de remplir les conditions requises d'un évêque. Cet évêque n'aurait donc pas été, si le crime dont on l'accusait était justifié, fondé à remplir ce ministère ni réellement investi de sa dignité, il n'en aurait été que possesseur. Et cette qualité provisoire et possessoire devait durer jusqu'à la sentence à rendre sur l'accusation criminelle. Mais on pouvait du moins soutenir que cette possession devait être respectée jusqu'à preuve de l'indignité. Voilà comment le cas de l'évêque expulsé se rattachait aux théories de la possession. Jusqu'à ce qu'il ait été remis en possession de son siège, l'Eglise se refuse à laisser poursuivre contre lui l'action pénale qui démontre qu'il n'est pas capable d'exercer sa fonction. Il suffit à l'évêque expulsé de demander à être réintégré dans sa charge en se bornant à prouver, ce qui n'est habituellement pas niable, qu'il exerçait sa fonction avant d'avoir été expulsé et avant l'introduction contre lui de l'instance pénale et deuxièmement qu'il a été expulsé. Cette exception, on lui a donné une telle valeur et une telle importance au point de vue même de l'ordre public, que le juge devra en tenir compte d'office, à supposer même que le dejectus ne l'ait pas soulevée. Cette idée de protection

La possession

Textes des Faux Capitulaires et des Fausses Décrétales posant le principe.

préalable du possesseur contre la dejectio n'était pas inconnue antérieurement dans l'Eglise mais on peut dire qu'elle n'a pris dans le monde chrétien un grand développement que depuis le IX^e siècle où elle est formellement exposée dans les Fausses Décrétales de Pseudo Isidore, c'est le dernier en date des trois recueils apocryphes rédigés dans la région du Mans de 847-852. Ces trois recueils tenus pour authentiques dès leur apparition et appliqués dans tout l'Occident sont les faux Capitulaires de Benedictus Levita, les Capitulaires Angilramni et le Recueil des Fausses Décrétales. Ces derniers documents ont été publiés par Hinschius "Decretales pseudo Isidorianaes, 1863". Il y a eu à l'occasion de ces faux de très longues et très nombreuses controverses qui ont modifié et précisé nos connaissances (Cf. P. Fournier et Le Bras, Histoire des Collections Canoniques. T. I, pp. 226 et sq.).

Quels sont les textes qui, dans ces documents, se rattachent à notre question ? Le principe de la réintégration de l'expulsé est posé dès les Faux Capitulaires. L. II, Ch. 337 et 381 et L. III, Ch. 87; 116 et L53. Le Ch. 337 est une lettre de Léon le Grand (les faussaires font remonter leurs documents à une époque assez ancienne) à laquelle on a ajouté le mot "prius" pour indiquer qu'il fallait que l'expulsion ait eu lieu avant la poursuite criminelle. Le N° 381 a été emprunté à Cassiodore, au texte duquel on a ajouté le mot "postea".

Les Capitulaires Angilramni accentuent l'attitude des N°s 337, 381, sans qu'il y ait lieu de s'y arrêter.

Enfin, dans les Fausses Décrétales se trouve le texte capital, le canon Redintegranda à compléter par quelques autres textes rapportés par l'Additio au L. IV, ch. V. Le canon est la base de toute cette doctrine, Hinschius, p. 237. Ce canon n'a pas été complètement rédigé par l'auteur des Fausses Décrétales; il a été emprunté par lui à d'anciens textes romains, notamment à un Abrégé de la Loi Romaine des Wisigoths, Epitome Egidi qui reproduit un fragment des sentences de Paul, de int. restitut. I.7. § 2. Enfin on peut rapprocher ce document d'une lettre d'Eusèbe, IIa, § 12 et un passage de ses histoires. H.E. IV.17 § 7 in fine.

Quant au canon lui-même, il est assez long : Redintegranda sunt omnia expoliatis vel ejectis episcopis praessentialiter ordine pontificum et in eorum unde abscesserunt loca funditus revocanda, quacumque conditione temporis aut dolo aut captivitate aut virtute majorum, aut per quascumque injustas causas res ecclesiae vel proprias aut substantias suas perdidisse noscuntur ante accusationem aut regularem ad synodum vocationem eorum et aliquia.

Le canon Redintegranda.

Réintégration du spolié avant toute poursuite criminelle.

"Il y a lieu de réintégrer en toute chose dont ils ont été dépouillés les évêques qui ont été spoliés ou rejetés de leur diocèse; alors qu'ils y avaient été installés par l'intervention de leur chef hiérarchique. Et il y a donc lieu de les replacer dans tous les lieux dont ils ont été chassés, quelle que soit la condition de temps ou les circonstances de dol, de captivité ou toutes autres causes injustes pour lesquelles ils ont été chassés. Dans tous ces cas que ce soit de leurs propres richesses ou de choses d'Eglise qu'ils aient été expulsés, avant que l'accusation criminelle ait été portée contre eux ou avant qu'ils aient été appelés devant le synode par une vocatio régulière". Le texte est clair; pour que cet ordre de réintégrer l'évêque s'applique il faut : 1° que l'évêque ait été spolié ou dejectus, qu'on lui ait enlevé tout son patrimoine ecclésiastique réel ou une partie, ou bien encore même qu'on ait porté atteinte à l'exercice de sa juridiction, ou qu'on se soit emparé de son patrimoine personnel, dejectio dont l'étendue est donc fort largement déterminée par le texte.

2° - Il faut que l'évêque ait été ordonné et ait été en fonction au moment de la dejectio.

3° - La spoliatio ou dejectio doit être antérieure à la poursuite criminelle ou la vocatio ad synodum.

Le texte suppose bien le recours à la violence mais aussi au simple dol, à la captivité ou à tout moyen contraire au droit employé en vue d'opérer cette dejectio.

L'effet de l'exceptio est de refuser, en principe même sans que l'intéressé l'ait demandé, tout examen de l'accusation criminelle avant la réintégration. Celle-ci doit comprendre la restitution dans tout ce qui a été pris et même aussi la restitution des fruits perçus pendant la durée de la dejectio.

Quelles applications a-t-on faites de ce moyen ? La première a eu lieu à propos de Rothade, évêque de Soissons expulsé de son siège épiscopal par Hincmar archevêque de Reims qui le considérait comme ayant commis un crime le rendant indigne. Rothade saisit le pape et alla à Rome défendre sa cause, emportant avec lui les Fausses Décrétales. Il produisit le canon de Redintergranda dont Hincmar ne semble pas avoir connu l'existence. Il semble s'être douté du faux sans pouvoir le démontrer. Rothade triompha et fut réintégré dans son siège. Autre application par Nicolas I en 866 et 867. A peine rédigé, le texte entra donc immédiatement dans la jurisprudence pontificale. Le Concile de Rome, 1059, s'en force d'en préciser les conditions d'application : le canon ne pourrait pas être invoqué dans certains cas trop graves, quand celui qui voudrait l'invoquer serait

Conditions
d'applications.

Application du
canon redinte-
granda aux X^e et
XI^e siècles.

apostat, ou si l'illégitimité de l'intronisation apparaissait comme évidente. On avait peur que pareille institution ne fût d'un trop grand secours pour les dignes qui auraient par brigue obtenu leur élection. Ce dernier point de l'illégitimité de l'élection n'était pas sans laisser prise à beaucoup de difficultés. Aussi fut-on mené à s'inspirer de la notion romaine de possession et à déclarer que, pour invoquer le cas il faudrait ne pas avoir été investi grâce à une possession vicieuse, il fallait que l'évêque expulsé n'eût pas sa possession de la violence.

Telle était la situation aux X^e et XI^e siècle.

Le XII^e est celui des grandes collections canoniques; notamment le Décret de Gratien apparaît vers milieu de ce siècle. Il reproduit la doctrine du canon Redintegranda. Cf. Décret Causa III. Q. I. c. I. - 4 Causa II. Q. II. c. I. Gratien n'a pas eu tendance à étendre la portée du canon. Il s'est efforcé de lui laisser un domaine d'application assez réduit, bien que l'on puisse trouver dans le Décret quelques passages qui ne sont pas tout à fait en harmonie avec cette tendance à réduire l'application du canon. Ainsi, Causa 33. Q. 2. c. 4. Gratien s'efforce d'appliquer le principe très général de la remise des choses dans leur état antérieur dans le procès en adultère entre Lothaire la reine Teutberge. Cette question de réintégration a été souvent invoquée par analogie en matière de mariage. Si Gratien semble plutôt s'efforcer de réduire la portée du canon, en pratique il en fut autrement et son importance grandit. Dès avant Gratien, il sembla bien difficile aux tribunaux ecclésiastiques de ne pas appliquer la même mesure et de ne pas considérer comme aussi blâmable la violence et la dépossession quand s'agit d'un autre que d'un évêque. Si bien que la pratique malgré le terme formel "Episcopis" du canon, accorda le bénéfice du canon à tous les justiciables, ecclésiastiques, prêtres et clercs et de même l'accorda non seulement quand la poursuite à laquelle le clerc peut se soustraire est une poursuite criminelle, mais même quand c'est une poursuite civile exercée contre dejectus. Enfin elle étendit le bénéfice du canon à la soustraction violente de tout objet dont le clerc était possesseur.

Ces extensions sont encore contestées sur certains points dans Gratien, mais, aussitôt après lui, elles sont dans la ligne doctrinale de ses successeurs notamment des Glossateurs du Décret. Ils admettent que le canon pourra s'appliquer pour toute expulsion même quand elle ne porterait pas sur un bénéfice d'Eglise.

Sa réception dans le Décret de Gratien.

xtension du
omaine du ca-
on au XIII^e
siècle.

partition de
actio spolii
remettant au de-
ctus de récupé-
r la posses-
sion.

mais sur une terre. Glossé ordinaire du Décret Causa III. Q. I. Glossé Quidam Episcopus in fine. Causa II. Q. II. glossé restituat.

Il n'est pas douteux que le domaine d'application du canon redintegranda aux XIII^e et XIV^e siècles a tendance à s'étendre. Mais cette extension du domaine du canon a eu pour résultat d'en modifier l'équilibre antérieur. Dans le système primitif, le but poursuivi par le canon était de soustraire l'évêque à la poursuite criminelle, eu égard à la situation désavantageuse où le plaçait son expulsion. Pour atteindre ce but l'exception suffisait. L'évêque était protégé par elle contre la poursuite criminelle. Mais il faudra tout de même que le juge ecclésiastique veille dans la mesure du possible à ce que l'évêque soit remis en possession. Le droit canonique déclare que dans ce cas ce sera l'Officium judicis, le pouvoir arbitraire du juge qui interviendra pour faire remettre l'évêque en possession. Lorsque ce canon, de l'évêque fut étendu à tous les ecclésiastiques, le but essentiel, pour beaucoup d'entre eux, ce ne fut plus tant d'être protégés contre une poursuite criminelle de plus en plus rare, de moins en moins dangereuse, à mesure qu'on accorde le canon même pour la protection d'un bien particulier, c'est beaucoup moins de repousser la poursuite criminelle, que de faire remettre les choses en état; le but devient beaucoup plus la reprise de la possession que l'ajournement de la procédure criminelle. De même encore, dans le même ordre d'idées, tant qu'on n'était préoccupé que de protéger l'évêque contre une poursuite criminelle, il suffisait de lui donner une exception, mais lorsque la dépossession prit l'importance prédominante dans le dommage causé, il parut difficile d'admettre que l'expulsé ne fût nanti pour se protéger que d'une exception, car il aurait dû attendre pour se plaindre une poursuite criminelle qui ne viendrait peut-être pas et en attendant rester dejectus. Il parut inadmissible que le dejectus ne put pas prendre les devants et agir lui-même, en vue d'être réintégré.

C'était là quelque chose de tout à fait différent. L'exception ne suffisait plus, il fallait accorder au dejectus non plus seulement une exception mais aussi une action. Les Glossateurs du Décret ne manquent pas d'inciter à accorder cette action pour compléter le mécanisme de l'exceptio, Causa III. Q. I. Glossé

Quidam Episcopus. in fine : le Glossateur examine les moyens à la disposition du dejectus pour obtenir la réparation du dommage. Il déclare qu'il y a "quatuor auxilia producta per quae petitur restitutio", cette abondance de moyens est d'autant plus nécessaire que l'autorité ecclésiastique ne dispose pas par elle-même de sanction matérielle pour contraindre à la restitution. Elle a donc besoin pour cela que l'intéressé puisse s'appuyer sur la justice civile et trouver dans l'arsenal des Lois civiles un moyen sur lequel faire fonds. Le glossateur songe à l'interdit unde vi mais il sera parfois insuffisant si la dejectio n'a pas été violente: le canon s'applique en cas de dejectio même simplement injuste. Le glossateur songe alors à l'actio quod metus causa et à l'action de dolo qui peuvent être elles aussi insuffisantes, le dol ne pouvant être invoqué que contre celui qui l'a commis et l'actio quod metus causa visant une violence d'ordre contractuel. Aussi les glossateurs ajoutent-ils deux autres procédés dont le plus important est une action donnée par le droit canonique, en se fondant sur le canon redintegranda, comme jadis on accordait une action en se fondant sur un texte impérial : la condictio ex canone, c'est l'actio spoliī qui vient compléter l'ancienne exception. Le même glossateur ajoute comme dernier procédé l'officium judicis, l'exercice par le juge de son pouvoir administratif et arbitraire, qui aura une portée de moins en moins grande au fur à et à mesure que l'autorité matérielle de l'Eglise diminuera dans l'exécution des sentences judiciaires.

Résistances de la doctrine.

La doctrine et la législation canoniques restent un certain temps hostiles à ces créations; c'est surtout la pratique qui les fit accepter. La preuve de cette ignorance et de cette demi hostilité se trouve dans quelques solutions postérieures à Gratien et à ses glossateurs ordinaires, Cf. Décrétales de Grégoire IX, L. II. T. X. Can. 2. (canon "Cum dilectus" du Pape Innocent III). La Décrétale n'accepte encore l'application du canon redintegranda que sous forme d'exception. Elle date de 1198. Pourtant, dans la même collection, un autre canon "saepe contegit", L. II. T. I3. C.I8, accepte l'extension de la poursuite résultant du canon redintegranda à l'acquéreur de mauvaise foi du spoliator, ce qui ne peut se comprendre qu'en supposant l'exercice d'une action par le spoliatus, car l'acquéreur du dejectus n'est pas en relation avec le dejectus et n'exerce contre lui aucune action. La lutte se poursuivit aux XIV^e et XV^e siècles; on en trouve encore la trace chez Panormitanus, (sur toute cette matière Cf. Rufini, Actio spoliī, ch. V. p. 334 et ss.).

Guillaume
Durand.

Dès la seconde moitié du XIII^e siècle, Guillaume Durand accepte la condicione ex canone (*Speculum iuris L. IV. Partie II. de restitut. spoliator p. lll. col. I.*) Le progrès qui s'accomplit dans toute cette théorie du spolium est assez difficile à suivre à travers les

canonistes à cause d'une confusion assez fréquente. On n'a jamais osé refuser au spoliatus la faculté d'agir contre le dejiciens pour obtenir sa réintégration. Il l'avait de droit commun. Mais quelle action lui accorder ? On pouvait songer d'abord à l'action pétitoire. Mais le dejectus en prenant la poursuite n'allait-il pas être obligé de faire la preuve complète du bien-fondé de sa plainte ? Ne serait-ce pas à lui à établir non seulement la dejectio, mais qu'il avait le droit de n'être pas dejectus, qu'il avait en somme le droit de propriété sur l'objet dont il avait été rejeté et la poursuite n'allait-elle pas prendre une couleur pétitoire au lieu de se maintenir comme le canon sur le terrain du possessoire ? La question n'était pas sans importance. Cette confusion entre la poursuite à couleur pétitoire et celle à couleur possessoire prolongea la controverse jusqu'à ce que la théorie possessoire eut enfin conquis complète vigueur dans le monde séculier. Pour libérer le dejectus de la preuve pétitoire, on faisait valoir que la spoliation ne devait pas lui faire perdre la possession antérieure. C'est ce qui se produisait dans la législation romaine quand on pouvait recourir à un des interdits retinendae possessionis. Si on pouvait admettre que le dejectus, malgré le fait de la dejectio, conservait la possession, alors on sent que la charge de la preuve se trouvait retournée à son profit.

Voilà la contribution que le droit canonique a apportée à la renaissance de la protection possessoire. Cette contribution était insuffisante, car elle ne s'appliquait qu'aux prêtres et aux choses d'Eglise. Mais elle traduisait aux yeux de tous le besoin général de protection possessoire, et elle avait signalé dès le début que ces principes étaient aussi dignes d'être reçus dans les juridictions séculières que dans celle d'Eglise.

Le droit séculier ne pouvait donc rester indifférent. Cette doctrine du canon redintegranda et de l'actio spolii s'était répandue dans toute la chrétienté (Allemagne et Italie, Champeaux, Saisine, p. 481, n. I.). Le trait caractéristique de tout ce mouvement du canon est que la protection possessoire y est plus large qu'à

Influence du
droit canonique
sur le droit
séculier.

Généralisation
de la protec-
tion possesso-
ire.

Rome, puisqu'elle s'étend non seulement aux choses corporelles mais même aux droits incorporels, et qu'elle a même débuté par la protection des fonctions ecclésiastiques. C'est un autre aspect de la protection possessoire que le droit séculier aurait eu quelque peine à offrir.

La protection possessoire en Normandie.

Lutte des ducs Normands contre la guerre privée.

Après cette première phase, transportons-nous en Normandie puis nous verrons comment les choses se sont passées dans la région parisienne. En effet la pénétration romaine s'est présentée plus tôt en Normandie que dans la région parisienne et cela à raison de circonstances analogues à celle qui l'ont fait naître au sein de l'Eglise: la nécessité plus urgente et la possibilité plus rapide de maintenir la paix publique. Cette région avait été fortement atteinte par les Invasions Normandes au IX^e siècle et le désordre social y était devenu aigu. Dès que l'établissement des envahisseurs fut certain et reconnu par le traité de Sainte Claire sur Epte de 911 les ducs et notamment Guillaume le Conquérant, interdirent la guerre privée. C'est une lutte intéressante dans cette région, (Cf. Yver, 1928, Semaine de droit normand). Des restrictions à cette guerre privée sont apportées par la Très Ancienne Coutume de Normandie, Ch. 31 : "nullus hominum audeat adversus alium guerram facere". C'est déjà la substitution de l'organisation sociale à la vengeance privée. Ce progrès est dû à l'influence du duc qui interdit la vengeance sous peine de confiscation des biens ou de perte d'un membre, Ch. 31 : sed de injuria sibi allata, il devra se plaindre à la justice du duc de l'injustice qui lui aura été faite. A supposer qu'on ait violé la défense, la sanction sera la perte des catalla (biens, - confiscation), dans les causes civiles, et la perte d'un membre dans les causes criminelles.

Prohibition de dépoiller quelqu'un de sa vestitura.

C'est au même ordre d'idées que se rattache l'interdiction d'enlever à quelqu'un sa vestitura autrement que par une ordonnance de justice, Cf. Ch. 22, p. 22 : "que

personne n'ose enlever à quelqu'un la vestitura de sa chose à moins que par ordre judiciaire". Suit l'indication de la procédure à suivre dans ce cas..

Comment faire respecter cette prohibition d'expulser quelqu'un ? La procédure réelle à laquelle on recourrait quand on n'était pas en possession comportait une accusation du dejectus, avec témoins, contre le possesseur actuel. Le dejiciens ou le possesseur actuel accusé va se défendre, comme si on l'accusait d'un vol et la procédure qui s'ensuivra comportera le duel judiciaire. (T.A.C. de Normandie, Ch. 85., p. 94, de differentia hereditatem : du cas où on a pris par force un immeuble). Cette procédure par duel était dangereuse et incertaine; l'avantage se trouvait nécessairement du côté du plus puissant qui trouvait nécessairement les meilleurs témoins et le meilleur champion. On sait que les témoins eux-mêmes devaient prendre fait et cause pour celui qu'ils défendaient.

Le duc apparut tout de suite comme le protecteur né du plus faible et il proposa à l'expulsé de se mettre sous sa protection particulière en réclamant la procédure de recognitio, (Ch. 85.p.95 § 4): si les parties le préfèrent, chacune peut se placer en recognitio et a donc le choix entre la procédure per duellum et la procédure per recognitionem. Celle-ci est un appel devant le tribunal du duc, le duc ayant pour juger ses propres affaires, ou celles de ses fidèles, une juridiction spéciale. Il traite ceux qui font appel à sa recognitio comme ceux à qui il a promis protection. Le duel sera écarté et la cause va être examinée par douze jurés qui diront quel est leur sentiment. Cette recognitio est une procédure qui s'est beaucoup développée en Angleterre, (Assises de 1166 de Henri II, assise de Nouvelle dessaisisse autorisant tout habitant à y recourir). Nous possérons la formule de cette recognitio, p. 95. Le roi s'adresse à son bailli et lui prescrit donner au dejiciens l'ordre restituer immédiatement la chose à supposer que le dejectus ait été en possession au dernier août, au moment de la récolte et que l'expulsion n'ait été précédée d'aucun jugement qui l'ait ordonnée. T.A.C. p. 70.

Si le dejiciens refuse la restitution, il devra donner des pleiges. Ainsi, 1°, on donne ordre au dejiciens de s'arrêter et si l'ordre de restitution n'est pas exécuté,

et l'affaire est soumise à

douze jurés.

Il devra fournir des plèges qui garantiront la comparution des parties à la prochaine assise, Ch. 85. § 4. p. 95 on composera l'assise de douze jurés, Ch. 27, p. 25, qui seront choisis selon la justice et devront se renseigner pour dire celui dont le droit est supérieur, (p. 96.). La procédure est appliquée par le T.A.C. non seulement au procès pétitoire, mais aussi au procès possessoire (Ch. 73. p. 70, cas de spoliatio). Le nombre des jurés diffère pour le procès pétitoire et pour le procès possessoire, mais le desssein est le même. Cette procédure est une procédure rapide. Elle ne suppose, (Ch. 73 § 3.), qu'une seule éssoine (remise accordée à raison d'une excuse d'une des deux parties), on ne pourra ajourner l'affaire qu'une fois. Si l'accusator fait défaut, on le place in misericordia regis; le roi lui imposera une peine arbitraire qui peut aller jusqu'à la mort, Ch. 73 § 4, p. 71. Enfin, si on ne pouvait pas trouver les douze jurés nécessaires à la recognitio, on en reviendrait au duel.

Cette procédure de recognitio jouit tout d'abord d'une très grande faveur. Elle fut introduite pour les plaidis sur la propriété, puis étendue au procès possessoire, Ch. 73, p. 70, § 2, il est question d'une restitution à la suite d'une spoliation sans qu'il s'agisse d'une action pétitoire. C'est là dedans qu'il est question de la procédure de dépossession injuste et sine judicio et dans les mêmes termes que plus haut. Trois recognitions sont nécessaires, à la possession et, pour que le jugement soit rendu, il suffit de la majorité des jurés, Ch. 76, p. 74. La majorité des juratores l'emporte dans le procès. Enfin on ne veut pas que cette procédure puisse être réclamée quand celui qui se plaint de la dépossession aurait trop tardé à en réclamer vengeance. La plainte de dépossession, Ch. 73, p. 70, doit intervenir dans l'an et jour. On n'admet pas que le délai de la plainte puisse s'étendre au delà de l'août précédent ou de l'août immédiatement antérieur. On prend comme point de départ le moment de la récolte.

On n'exige du reste aucune qualité de la possession. Il suffit que l'on possède pour soi, Ch. 73, § 3, p. 79. Il suffit que la devestitio ait eu lieu sine ordine judiciario, Ch. 22, p. 22. Il n'est même pas nécessaire que cette dépossession ait été violente, il suffit qu'elle ait été accomplie sans forme et sans que le dejetus l'ait voulu. Telle est la procédure de querela novae dissesinae.

Elle se traduit par le Bref "de spoliatione" quand elle s'applique à la procédure possessoire. Il est probable qu'il faut attribuer ce bref et cette

Application de la procédure de la recognitio à la possession

de dépossession injuste et sine judicio

La querela novae dissesinae.

et
le Bref de spoliatione

procédure au roi Henri II et aux réformes importantes qui se sont réalisées alors par voie d'assises. C'est sans doute à l'assise de Clarendon (1166) que fut votée la recognitio. Nous n'avons pas l'acte de création de cette procédure, mais nous savons par les rôles de jurisprudence que depuis cette époque elle a été pratiquée. L'Assise de Northampton (1176) se réfère à cette procédure, ce qui permet de penser qu'elle a dû être organisée à l'assise antérieure, (Jouon des Longrais, Conception de la saisine anglaise : Paris, thèse, 1924, p. 48, n.1).

Cette querelle une fois établie se modifia un peu dans la suite des documents normands, mais pas beaucoup. Elle apparaît à peu près la même dans la Summa de Legibus qui lui consacre de nombreux passages, (Cf. Tit. 93 et 95). La Summa de Legibus en atténua un peu la portée en exigeant du possesseur, pour qu'il puisse recourir au bref, que sa possession ait une qualitas. Il ne se contente plus d'une possession quelconque. On refuse le bref de dessaisine à celui dont la possession a été acquise par force ou par violence. Ch. 95, § 11 et 13, Tardif p. 234. On admit pourtant que ce vice d'acquisition violente par le possesseur à son tour dépossédé pourrait être purgé par une possession paisible d'an et jour. C'est le détournement qui a servi à introduire la nécessité chez le dejectus d'une possession d'an et jour.

La doctrine anglaise n'a pas adopté cette interprétation et accorde le Bref de recognitio même à celui dont la possession est vicieuse, pourvu que la violence exercée autrefois par le dejectus ne l'ait pas été contre le dejiciens, afin que celui-ci ne puisse pas prétendre qu'il n'a fait que reprendre une possession dont il a été violemment dépossédé.

Dans la Très Ancienne Coutume on trouve, à côté de ce Bref, un autre Bref de très peu postérieur et qui le complète : le Bref de "mort-d'ancêtre", Ch. 74, p. 71, de possession antecessoris. L'hypothèse est celle d'un héritier à qui on a soustrait la possession des biens héréditaires depuis la mort du de cujus. Cet héritier ne peut se servir du Bref de dessaisine parce qu'il n'a jamais été lui-même en possession. Dans ce cas toute la possession qui appartenait au de cujus pourra être invoquée par l'héritier de la même manière que sa possession personnelle, pourvu qu'on soit dans le délai d'un an de la mort. Au delà de ce délai, l'héritier n'a plus besoin du bref d'ancêtre puisqu'il peut invoquer une possession personnelle qui suffit à lui donner droit au bref de dessaisine. La formule de ce bref est correspondante à celle que nous connaissons : C'est dans l'assise

Bref de
l'ancêtre
en faveur de
l'héritier dé-
sédié.

de 1176 de Northampton qu'apparaît le bref de mort d'ancestor. Il est peut-être antérieur sans qu'on puisse le prouver.

Ces deux brefs sont les deux grandes procédures possessoires. Peu à peu elles ont un peu évolué pour se rapprocher du droit français, au point de perdre à la fin de notre ancien régime leur originalité. Les actions possessoires en Normandie ressembleront vite à celles que nous trouverons au Centre.

La procédure de la clamour de haro

Mais à côté de ces deux procédures possessoires il en existe une autre en Normandie qui s'est développée plus tard, au XIV^e siècle, et qui a une allure un peu différente. C'est la clamour de haro dont l'origine remonte probablement à l'époque germanique. Elle consiste en ceci : un appel au secours adressé aux voisins par quelqu'un qui se trouve aux prises avec un voleur ou quelqu'un qui veut le dépouiller, l'affaire étant en réalité un flagrant délit. Cet appel du voisin oblige les voisins à accourir, sous menace d'une peine s'ils y restent insensibles. Les voisins accourus saisissent le coupable et, le délit étant flagrant, il est saisi et mis à mort.

Cette procédure très ancienne et barbare a dû survivre dans certains cas et reprendre vigueur au XIV^e siècle, à une époque où la vie sociale en Angleterre a été très troublée, on l'a par la suite conservée en adoucissant la pratique. Le coupable saisi en flagrant délit n'est pas mis à mort mais mené devant la justice du duc, sorte d'ultimum remedium dans tout le pays de Normandie, (Summa de Legibus, Ch. 53, p. 141. § 3).

Son application en matière civile

Originaiement cette procédure était une procédure criminelle. A partir du XIV^e siècle, on l'a appliquée en matière civile. Ce qui ne peut surprendre étant donné la difficulté qu'on a éprouvée d'ordinaire à diviser la procédure civile de la procédure criminelle. Le haro fut à partir de ce moment, pratiqué un peu différemment : le coupable est saisi par le sergent du duc, le haro est prononcé par la victime et a cet effet immédiat, même sans l'arrivée des voisins, d'obliger le dejiciens à s'arrêter et à laisser tranquille celui qui se plaint. Si le dejiciens contre lequel a été prononcé le haro ne s'arrête pas, il encourra une amende et sera quoi qu'il arrive toujours obligé de restituer, comme cela arrivait en droit canonique en cas de spoliation.

Si le délinquant ainsi interpellé s'arrête, l'affaire est portée à la cour du duc. Les deux parties devront donner caution de comparaître devant les premières assises. En attendant, le bien litigieux est placé sous

Il ne peut intervenir après le déboullement

sequestre; plus tard il est rendu à qui de droit et le perdant sera tenu à des dommages intérêts et même à une amende arbitraire, car la procédure est d'origine criminelle.

Ce haro nous intéresse au point de vue possessoire car il a été employé par le possesseur pour conserver sa possession qui est sur le point de lui échapper. Mais il ne peut intervenir qu'au moment où le dejiciens est en train de repousser le dejectus. Si le dépouillement a déjà été accompli, le haro n'a plus de raison d'être et il faut en revenir à la procédure que nous décrivions tout à l'heure, au bref de dessaisine, (Cf. Glasson, N.R.H., 1882, p. 396. Pissard, Bib. d'Hist. du Dr. Norm., 1911, pp. 96-98). La clamour de haro a été appliquée à la protection possessoire vers le XIV^e siècle ou à la fin du XIII^e siècle (premières traces dans Arresta Communia). Son caractère se modifia plus tard : les vieilles formules de la clamour ont été remplacées par une sommation judiciaire de s'arrêter, adressée au dejiciens.

Distinction ancienne du pétitoire et du possessoire en Normandie

De quelque côté qu'on l'examine, la protection possessoire en Normandie est issue d'un appel à la juridiction du duc. La distinction entre le pétitoire et le possessoire paraît avoir été très ancienne dans la province. Elle est prévue dans la Très Ancienne Coutume, notamment p. 69, Ch. 73; Ch. 17, p. 18: de spoliatione. Les premiers mots révèlent cette distinction du pétitoire et du possessoire: Si prius tractandum est de possessione quam de proprietate .. " La terminologie est déjà correcte et romaine. A quoi tient cette apparition relativement ancienne de la possession en Normandie ? Il convient probablement de l'attribuer à l'influence romaniste. Le texte précité révèle la connaissance du droit romain. Cette région a été en effet de bonne heure pénétrée d'influence romaine. On sait que Lanfranc, au XI^e siècle, a fondé l'Abbaye du Bec avant que les Normands conquièrent l'Angleterre, où Guillaume le Conquérant l'emmenga avec lui pour en faire plus tard, l'archevêque de Cantorbery. La culture romaine a été prolongée dans la région anglaise par l'influence de Vacarius et elle a été très sensible à la cour d'Henri II, qui a édicté les grandes assises dont j'ai parlé; un grand nombre de ses conseillers avaient été élevés à l'école du droit romain dont les traces sont manifestes dans l'ouvrage de Glanville.

La protection possessoire dans Beaumanoir.

La protection possessoire dans le centre de la France relève du Tribunal du Roi.

Poursuivons cette étude de la protection possessoire dans le centre de la France pour lequel le mieux est de se reporter à Beaumanoir, son Ch. 32 est consacré aux questions possessoires : "de nouvele dessaisine et de force et de nouvel trouble", T. I., pp. 485 et ss : au début du chapitre il dit ceci : "Après ce que nous avons parlé de pluseurs mesfés et des cas de crime et d'autres et de la venjance qui appartient a chacun mesfet, il est bon que nous parlons, en cest chapitre ci après, d'autres manieres de mesfés seur lesqueus li rois a establi nouvele voie de justicier et nouvele venjance contre ceus qui les font." La possession se rattache pour lui aux matières pénales et chez Beaumanoir aussi il s'agit de cas où le roi a établi nouvelle voie de justice et où on va s'adresser à la justice du roi, comme en Normandie on s'adressait à celle du duc de Normandie.

"Et cil mesfet de quoi nous voulons traitier sont devisé en .III. manieres, c'est a savoir force, nouvele dessaisine et nouvel tourble". Il distingue donc trois actions : action de force, action de dessaisine et action de nouveau trouble.

L'action de force en cas de dépossession violente

I. - L'action de force suppose une dépossession violente. Ici encore on ne tient compte de la déposition qu'autant que celui qui l'a subie n'y a pas tacitement acquiescé en ne disant rien pendant trop longtemps. Il faut que la plainte se produise dans l'an et jour, N°. 983 : "Tout ainsi comme il se convient plaindre de nouvele dessaisine dedens l'an et le jour qu'ele est fete ou l'en ne seroit pas puis ois, tout aussi qui se veut plaindre que force li ait esté fete, ja soit ce qu'il n'i ajoute pas nouvele dessaisine en son claim, doit il fere sa plainte dedens l'an et le jour que la force li a esté fete ou il n'en doit pas puis estre ois, se ce n'est seur la propriété de la chose et le peril de la force mis hors." Donc pas de doute, l'action de force ne peut être intentée que pendant l'année de la violence. Si cette année a été accomplie, on pourra bien encore agir judiciairement mais il faudra agir au pétitoire.

L'action de force s'applique à tout cas de déposition, aux meubles comme aux immeubles et il n'y a

pas besoin, comme dans l'action pétitoire, de gage de bataille. Ce sera au spoliatus à prouver qu'il a été expulsé, à prouver la "toulte" (tollere) et si le spoliatus ne peut pas prouver la "toulte", il en faudra revenir pour qu'il recouvre sa possession ou à la dessaisine ou à l'action pétitoire qui comporte le gage de bataille. N°. 985, p. 497.

Il suffit que le dejectus ait été en pos-

D'ailleurs pour que cette action de force puisse être intentée par le dejectus, il n'est pas nécessaire que le spoliatus fût resté avant la dépossession en session.

quand il a été saisiné pendant l'an et jour; il suffit qu'il ait été spolié.

C'est ce qui résulte des N° 979 et 980 où Beaumanoir raconte un procès à cette occasion. Pierre était entré en possession d'une terre en mars; il avait fait sa culture de printemps, labouré et semé. En août un voisin, Jean, avant que la récolte soit faite, l'expulse, coupe la récolte et l'emporte. De là poursuite. Jean, le dejiciens, attaqué par l'action de force, allègue 1° que la terre est à lui, qu'il ne s'en est pas dessaisi volontairement, et qu'il ne l'a jamais transmise par aucun contrat à Pierre; il avait donc droit à la conserver. 2° Pierre du reste ne pouvait pas se plaindre de l'expulsion parce que, au moment où Jean l'a dessaisi, lui, Pierre, n'avait pas la saisine d'an et jour et ne pouvait, par conséquent, prétendre à aucune saisine. Au N°. 980 le procès se plaide et "il fut jugié que Pierre (le dejectus) seroit saisis et restablis de l'aveine laquelle il avoit labourée pesiblement, tout n'eust-il pas esté en saisine an et jour. Et par cel jugement puet on vecoir que de quelque chose que je soie en saisine et quel saisine que ce soit, soit bonne ou mauvese et de quel que tans que ce soit, soit grans ou petis, qui m'oste de cele saisine sans jugement ou sans justice, je doi estre resaisis avant toute euvre, se je le requier. Donques s'il avenoit qu'uns lerres eust emblé aucune chose et cil qui la chose seroit, la tousist au larron sans justice, et li lerres requeroit a estre resaisis avant toute euvre, il le resaisiroit, et puis li convenroit trouver bon garant de la chose ou il seroit justiciés du mesfet."

Il n'y a donc pas de doute sur ce point et cette action de force est ainsi singulièrement voisine de l'Interdit unde vi, et de l'actio spolii.

Elle repose

sur une ordon- Beaumanoir, (N°. 954, p. 485), allègue du reste une Ordonnance royale pour justifier cette procédure. Cette

nance royale. Ordonnance nous est inconnue; peut-être faut-il la rapporter à Philippe III. (Langlois, p. 294). L'existence de cette Ordonnance est vraisemblable, d'autant plus que Pierre Desfontaines, (Livre 32. Ch. I7, p. 375), la signale aussi. Le roi a fait dans le centre de la France ce que le duc avait fait en Normandie.

II - L'action de nouvelle dessaisine est très voisine de l'action de force qui n'est en somme qu'une dessaisine qualifiée, à laquelle s'ajoute la violence. Cette dessaisine suppose , pour pouvoir être exercée, que le dejectus ait été en possession pendant un an et dessaisine sup-jour avant la dejectio. N°. 955 : "Nouvelle dessaisine si pose une pos- est se aucuns en porte la chose de laquelle j'avrai esté session d'an en saisine an et jour pesiblement". Comme pour l'action et jour et une de force, il faut en outre que la dépossession ne remon-dépossession te pas à plus d'une année : N°. 964 : "il se doit plaindre avant que l'ans et le jours soit passés puis la des-saisine. Et s'il lest l'an et le jour passer, l'actions qu'il avoit de nouvele dessaisine est anientie et ne pu mes pledier fors seur la propriété". Passé le délai d'an et jour après la dépossession, il faudra recourir à l'at-tion pétitoire.

Comme troisième condition enfin, l'ajournement pour la nouvelle dessaisine doit se faire à des délais différents suivant la qualité du défendeur : à quinzaine, si c'est un gentilhomme et d'aujourd'hui à demain si c'est un homme de povesté: N°. 959 : "Se aucuns se plaint d'aucune nouvele dessaisine s'il est gentius hon il doit estre ajournés à quinzaine, et s'il est hons de povesté il doit estre ajournés d'ui a demain, et li ajou-né doivent venir sans contremander".

Quant aux preuves, la preuve doit être faite par le demandeur de sa saisine d'an et jour avant la deject et d'ailleurs cette preuve faite il n'a plus qu'à y ajouter celle de la date de la dejectio. N°. 960. Lorsque le procès est terminé, la partie condamnée devra payer 60 sous qui seront payés non à l'autre partie mai au Comte. Si le demandeur ne fait pas sa preuve et est

Délai d'ajour-nement.

Modes de preu-
ves

débouté il pourra reprendre l'action au pétitoire : N°.96I
"Quant ples de nouvele dessaisine est faillis, cil qui pert la saisine puet fere rajourner seur la proprieté celi qui en porte la saisine, mes que ce soit dedens l'an et le jour que la saisine li fu bailliee; et s'il lesse passer l'an et le jour, il a renoncié à la propriété et ne l'en puet on jamès riens demander". Telles sont les conditions dans lesquelles cette dessaisine peut être intentée. La condition supplémentaire exigée ici alors qu'elle ne l'était pas dans l'action de force, c'est la possession d'an et jour chez le dejectus avant la dejectio".

Cette voie du reste n'est pas pure de tout alliage. D'un côté Beaumanoir dit que cette dessaisine ne peut être intentée contre le seigneur au profit du vassal, parce qu'il y a bien des cas où le seigneur a droit de s'emparer de la possession de son vassal (N°.963) et il ne faut pas que celui-ci, par cette voie de droit, puisse tenter de mettre obstacle à l'exercice du droit du seigneur.

D'autre part, l'action est plus largement octroyée que l'action possessoire du droit romain. Elle peut servir même au preneur à bail vis-à-vis du bailleur, pourvu que le bailleur ait dépouillé son fermier pendant l'exercice du bail, pendant la durée du temps pendant lequel il lui a promis de lui laisser la chose. Le bail fini il ne pourra plus l'exercer. La dessaisine fait fonction d'action contractuelle.

De même encore on accepte que cette action puisse être intentée par la douairière : N°. 97I : "Une fame qui tient en douaire, se l'en la despueille de son douaire, se puet bien plaindre de nouvele dessaisine, tout soit ce contre l'oir a qui la chose venroit se la fame estoit morte, car il n'i a riens tant comme ele vive". Elle peut s'en plaindre même contre un héritier qui est nu-propriétaire de la chose sur laquelle porte son douaire "sauf si la femme était morte".

Enfin, Beaumanoir indique une dernière hypothèse curieuse : un homme de condition inférieure, un hôte (serf de condition supérieure, ou homme libre de condition tout à fait déprimée) a été attiré dans une terre voisine par un chevalier, l'hôte a donc quitté la terre qui lui avait été confiée sans avoir rempli les conditions nécessaires à son abandon légitime, sans avoir mis quelqu'un à sa place pour cultiver le fonds ni payé ses rentes. Le seigneur, dont l'exploitation est ainsi abandonnée, accuse l'autre chevalier de lui avoir soustrait son hôte et il agira contre lui en dessaisine. Ce dut être un cas assez fréquent, car Beaumanoir y consacre

Qui peut intenter l'action ?

Application de l'action aux hôtes et aux serfs.

plusieurs numéros : 972-977. Le chevalier se défend en disant que l'hôte est un homme libre, non susceptible de possession et pouvant dès lors habiter où il veut et que son habitation ne peut en rien engager le chevalier "a ce respondi li chevaliers qu'il n'estoit pas tenus à ce fere, car il loisoit à chascune franche personne à aler manoir quel part qu'il li plest et à lessier s'ostise au seigneur pour les rentes par quoi il vouloit qu'il demourast dessous li comme ses ostes tant comme il li pleroit". Beaumanoir, après avoir raconté le procès, constate que le chevalier perdit son procès car il avait "fet crier ou lieu de La Vile Nueve franches masures et a petites rentes ..." il leur avait offert des maisons libres de toute redevance et des terres pour lesquelles il ne demanderait qu'une petite rente. On assimilait ce cas à la soustraction d'un serf au seigneur voisin. Cette action possessoire prenait ainsi une portée d'application bien supérieure à celle des interdits romains.

L'action de nouveau trouble

III - La 3ème action est l'action de nouveau trouble qui n'est qu'un diminutif de la dessaisine. Elle en diffère en ce qu'elle ne suppose pas une dépossession entièrement accomplie, mais seulement que quelqu'un, sans droit, a apporté une entrave à la puissance du possesseur N°. 957 : "Nouveaus tourbles si est se j'ai esté en saisine an et jour d'une chose pesiblement et on se m'empeche si que je n'en puis pas joir en autel maniere comme je fesoie devant, tout soit ce que cil qui le m'empeche n'en port pas la chose. Aussi comme se l'en oste mes vendengeurs ou mes ouvriers d'une vigne ou d'une terre dont j'avrai esté en saisine an et jour, ou en assés d'autres cas semblables, ce sont nouvel tourble et me puis plaindre et ai bonne action de moi plaindre, si que la chose me soit mise arriere en pesible estat". Cette action de nouvel trouble n'est qu'un diminutif de la dessaisine et comporte la même condition que la nouvelle dessaisine : un an de possession paisible avant le trouble et le délai d'une année n'étant pas complètement écoulé depuis le trouble. Beaumanoir est très bref et ne dit rien de l'amende pour la nouvelle dessaisine; il n'y a aucune raison pour supposer qu'elle n'intervient pas.

L'action pétitoire exige l'exercice du droit de propriété pendant un temps plus long.

Voici ce qu'on trouve dans Beaumanoir sur ces actions possessoires. Au-dessus de ces actions se trouve l'action pétitoire qui suppose, pour qu'on y triomphe, l'exercice du droit de propriété pendant un temps bien plus long. La possession d'un an ne suffit pas ici, il faut avoir conservé la possession au moins 10 à 30 ans selon la qualité de la possession. Mais en fond, entre la possession et la propriété, entre l'action pos-

sessoire et l'action pétitoire, il n'y a en réalité, dans notre ancien droit, aucune différence de nature, mais seulement de degré. La procédure reste la même et le gage de bataille pouvait être employé comme pour la propriété. Depuis Saint-Louis du reste, l'usage de gage de bataille a peu à peu disparu. Parfois même, la partie qui intente le procès ne spécifie pas bien nettement laquelle des deux actions il veut intenter. Il a omis de préciser sa prétention quant à la possession : Beaumanoir examine ce qui se passe si le demandeur n'a rien dit. Beaumanoir, N°. 987: "aucunes fois avient-il que cil qui font ajourner leur nouvele desssaisine, quant ce vient à leur claim fere, metent tout ensemble en leur claim nouvele dessaisine et propriété .. ". On suppose alors qu'il a voulu intenter le plaid de propriété.

Le système de Beaumanoir n'est donc pas aussi bien classé qu'à première vue on pourrait le croire.

Qu'en est-il advenu de tout ce système après le XIV^e siècle ?

La protection possessoire depuis le XIV^e siècle.

Nous verrons d'abord :

formation XIV^e siècle libelle de isine et nou-
lleté. I^o- Comment s'est formée au XIV^e siècle une autre action possessoire, le libelle de saisine et nouvelleté ou de nouvelleté tout court. Ce qui la caractérise, c'est qu'il faut que le trouble soit récent aussi. On la rencontre dans le Grand Coutumier de Jacques d'Ableiges. Dans cet ouvrage le L. II, ch. I9, qui est très long, pp. 230-256, est tout entier consacré aux "Cas de nouvelleté". Dans Beaumanoir nous avons rencontré trois actions : force, nouvelle dessaisine, nouveau trouble. Ces trois actions sont assez proches l'une de l'autre : l'action centrale est la nouvelle dessaisine qui constate la pleine dépossession sans s'enquérir du mode de dépossession ni s'occuper du point de savoir si la dépossession résulte ou non de la violence. A côté, l'action de force n'est que la nouvelle dessaisine agravée en supposant une dépossession par violence; de l'autre côté, l'action de nouveau trouble est plutôt une dessaisine atténuée. Les trois supposent une entrave à l'exercice du droit, sans dépossession dans la dernière; avec dépossession simple dans la seconde, et enfin avec dépossession qualifiée dans la troisième. Mais au fond, ces trois actions exigent une même condition: qu'il ne se soit pas écoulé un an entre le trouble et l'exercice de l'action. Il n'y a de réelle différence qu'entre l'action de force et l'action de nouvelle dessaisine, en ce sens que, la première comportant la violence, son exercice est rendu

d'autant plus facile que le procédé employé pour la déposition est plus blâmable. C'est pour cela que Beaumanoir n'exige pas que le plaignant soit investi d'une possession annuelle avant le trouble, N°. 307, alors que les deux autres actions le supposent.

Force, nouvel-
le dessaisine
et nouveau trouble,
se fusion-
nent dans la
complainte de
saisine.

Il semble qu'au XIV^e siècle ces trois actions aient eu tendance à se confondre les unes dans les autres. Nous allons le constater en remarquant que ces cas de novelleté comprennent toutes les hypothèses que Beaumanoir répartissait entre les trois actions, ce libelle de novelleté, on en trouve la formule dans le Grand Coutumier, notamment aux pp. 495 et ss. : "Saisine et novelleté de saisine". Pour le moment remarquons qu'on accorde cette formule pour tous les troubles quels qu'ils soient : complète dessaisine, simple trouble sans dessaisine ou trouble accompagné de violence. Ce qui caractérise cette procédure, c'est donc qu'on a apporté dans diverses conditions, des obstacles plus ou moins étendus ou durables à l'exercice de la possession. On ne trouve ni dans d'Ableiges, ni dans le Style du parlement de Dubreuil qui est un peu antérieur, aucune différence essentielle entre tous ces cas. Cela est si vrai que d'Ableiges a soin, dans son exposé, de mettre le dejectus en garde contre la tentation qu'il pourrait avoir d'avouer sa dejectio et de reconnaître ce fait, peut être réel, qu'il a été expulsé. Il doit bien s'en garder et même quand il a été expulsé il doit se conduire comme s'il avait subi un simple trouble, sans que celui-ci lui ait fait perdre la possession. Pour pouvoir intenter, au XIV^e siècle, la plainte de saisine et novelleté, il faut en effet être possesseur. Cette action n'appartient qu'à celui qui est encore possesseur au moment de l'action. Dans la doctrine romaine classique du reste, on acceptait déjà que le possesseur restât possesseur après la dejectio, aussi longtemps qu'on peut supposer qu'il n'a pas renoncé à s'en plaindre. On ne veut pas que la surprise de la dejectio matérielle fasse perdre au possesseur dejectus le bénéfice de la possession antérieure. On dit que le dejectus conserve alors la possessio "animi". Grand Coutumier, p. 247, au milieu de la page : "Celluy qui se plaint en cas de novelleté se doict garder de dire qu'il soit dessaisi ou despouillé de sa saisine, car il ne pourrait pas intenter la novelleté s'il ne possédait ou contendoit posséder".

Il n'y a pas lieu de distinguer la dépossession du simple trouble puisqu'on ne l'avoue jamais. N'em-

pêche qu'on peut exercer cette action même quand on a été entièrement dépossédé.

Pourquoi cette confusion des trois actions de Beaumanoir et d'où vient cette règle que pour exercer la complainte de nouvelleté, il faut ne pas être dépossédé ? La raison en est qu'au XIV^e siècle, la doctrine romaine sur la possession a été sensiblement restaurée. On a voulu construire l'action possessoire sur la formule des Interdits romains : on a pensé parmi les Interdits, tout d'abord à l''Unde vi' auquel les auteurs de cette époque font de nombreux renvois. Cependant ce n'est bientôt plus sur l''Unde vi' qu'on a construit tout le système. En effet, celui qui l'intentait avouait qu'il avait été dépossédé, ce qui pouvait interrompre sa possession antérieure et par suite l'empêcher de continuer à usucaper. C'est à cause de cet inconvénient que l'examen plus attentif des procédures romaines a fait modifier l'action possessoire, devenue unique, au XIV^e siècle non plus sur l''unde vi' mais sur l''Interdit uti possidetis'. Celui-ci, en effet, suppose que les deux parties prétendent l'une et l'autre à la possession, au moment de l''Interdit', et que le gagnant sera celui dont la possession aura été reconnue existante. Aucun des deux n'avoue qu'il a été expulsé et celui qui démontrera son droit à la possession se trouvera en avoir joui pendant tout le procès. Cf. d'Ableiges, p. 247, il montre comment cette construction s'est faite sur l''uti possidetis'. "En cas de saisine et de nouvelleté chacun est demandeur et défendeur, et l'ung contredisant à l'autre en toutes choses, ne celluy n'est mye légitime contradicteur qui content son adversaire posséder, mais convient que lui-même se dye possesseur".

Il ne suffisait pas pour être légitime contradicteur d'établir la prétention à la possession actuelle de son adversaire, encore fallait-il soi-même prétendre qu'on était actuellement possesseur, en opposition avec la prétention de l'adversaire. On voit bien là, l'imitation indéniable de l''uti possidetis', (p. 247.4).

Pour la même raison, l'action de force et l'action de saisine et nouvelleté ont été confondues. Toute cette systématisation nouvelle fit renoncer au point de vue canonique, au système de l''exceptio spolii', où il est question de restitution, d'où on déduit qu'il y a eu dejectio;

ici chaque partie conclut non pas à être réintégrée mais que l'obstacle mis à l'exercice de sa possession soit enlevé. p. 248 au milieu : Item qui intente libelle sur trouble ou sur l'Interdict Ut possidetis il ne doibt pas conclure à restitution mais que l'empeschement soit osté, et hoc potest colligi ex doctrina Inno in C. bona memorie, de appella. ih ant.

~~réintégration de fait du dejectus.~~

Cela ne veut pas dire pourtant que les coutumiers, à la différence des canonistes, se refusent avant toute chose à faire réintégrer celui qui a souffert de la violence. Mais il s'agira ici d'une réintégration de fait, qui n'a pas empêché la possession du dejectus de subsister, réintégration de fait qui est le prélude de la nouvelleté, accordée sine causae cognitione et qui permettra à chaque partie de se dire également possesseur, p. 249 au milieu :

" Aucuns habitans nomine habitantium font leur "procureur, et plaignent en cas de nouvelleté, et re- "quièrent restablissement d'aucuns bien prins sur au- "cuns des particuliers d'iceulx; puis que iceulx par- "ticuliers en leurs noms ne se sont dolus, et qu'il "y a adjournement ne aultre chose qui soit faict en "leurs noms privés, les dicti habitans n'auront point "de restablissement de faict, mais par signe, et ainsi "fut-il jugé pour le prieur de Joigny contre les ha- "bitans de Joigny.

" Devant toutes choses restablissement est à fai- "re réellement et de faict se l'en peult, et sinon en "estimation et par signe selon la différence des cas, "si comme il est dit cy-devant."

L'auteur donne ici des détails sur les procédés de rétablissement qui varient pour les maisons, ter- rains, etc.

L'expulsé sera considéré comme étant toujours en possession

Donc, d'une part, celui qui a été expulsé ne devra pas l'avouer et sera considéré comme étant en possession et de l'autre on maintient de l'organisation canonique ce trait qu'avant l'exercice de l'action, on devra rétablir dans sa possession de fait celui qui a été violenté. On peut également retrouver cette influence canonique à la p. 250 dans toute la partie écrite en latin :

" Nota quod ubi quis intentat vim ablativam vel vio- "lenciam mobilium sibi factam, recrederentia facienda "est actori sine causae cognitione, et ante litis "contestationem, et est speciale propter privilegium "causae spoliationis. Nam sicut ante omnia de ea

"cognoscitur, ita et ante omnia recredemia facienda
 " est. Et est ratic potissima, quia cum regulariter
 "recredentia fieri debeat illi qui ultimo invenitur pos
 "sidere, et spoliatus se dicendo spoliatum confitere-
 "tur adversarium saisitum, et sic semper fieret illi
 "de quo est querella tamquam de spoliatcre, quod in
 "dubio non est faciendum."

Voilà donc la première remarque: il semble que du XIII^e siècle au XIV^e siècle on ait opéré une sorte de concentration des actions possessoires et confondu en une seule procédure les trois actions que Beaumanoir distingue. Et cette action nouvelle qui les contient toutes est l'action de saisine et nouvelleté.

Procédure de l'action nouvelle. La 2^e observation a trait à la procédure de cette action unique. Chacun des deux adversaires doit prouver : 1^o sa saisine, c'est-à-dire sa mise en possession dès avant l'an et jour, qui précède la déjectio, nec vi, nec clam, nec precerio ou bien, à défaut de sa mise en possession par an et jour, un titre héréditaire en vertu de la règle que le mort saisit le vif, (le successeur universel est mis en possession par le de cuius) ou bien enfin une mise en possession accomplie par l'ensaisinement par le Suzerain. Cf. sur ces trois formes d'ensaisinement

les pp. 231-232 du Grand Coutumier. Il faut donc d'abord une possession antérieure d'une année. 2^o Il faut la novitas, le caractère récent du trouble causé; et les deux parties, dans cette action, seront à la fois demandeur et défendeur comme dans l'uti possidetis, p. 247, in fine : "En cas de saisine et de nouvelleté chacun est demandeur car il convient que chacun se dye saisy et empesché, mais toutefois celuy qui se fait tenir et garder, ou qui a fait la complainte est proprement demandeur original et lui faut grace et à l'autre non".

Chacun est à la fois demandeur et défendeur.

Il est bien vrai que les deux parties sont à la fois demandeur et défendeur, mais la nature des choses veut que l'un demande et que l'autre soit attaqué. Celui qui intente l'instance, l'auteur l'appelle proprement demandeur original. C'est lui qui va conduire la poursuite.

Comment cette poursuite va-t-elle se dérouler ? Ici encore il y a de grands changements.

Le Grand Coutumier rapporte que le demandeur original, celui qui intente la poursuite a le choix entre deux procédures: "nota qu'il y a deux voies pour intenter le libelle de nouvelleté, l'une par manière de complainante, comme dict est, l'autre par ung simple ajournement".

La procédure par ajournement.

si par manière d'ajournement la chose est commencée le procureur du défendeur aura avis et puis veue (parce que dans la procédure ordinaire d'un procès réel, on donne au défendeur averti des jours de vue pour qu'il visite les lieux et se décide à défendre ou non), mais par la plainte non, car l'opposition faite sur le lieu vaut veue".

Cette procédure qui va se dérouler par ajournement je l'ai prise la première parce qu'elle est calquée simplement sur l'ancienne procédure pétitoire, la procédure possessoire n'était autre chose que la procédure

pétitoire appliquée à la possession d'an et jour c'est-à-dire à la propriété germanique. Si on compare cet ajournement à la procédure pétitoire, on constatera que bien qu'elle en ait gardé les traits essentiels on l'a cependant abrégée. Ainsi dans la procédure pétitoire on aurait non seulement un délai de vue, mais aussi un délai de conseil et un délai de garant (pour appeler en cause le vendeur), Cf. Beaumanoir, N°. 236 pour la vue et 237 pour le délai de conseil et de garant). Délais de conseil et de garant ont disparu dans la procédure possessoire, parce qu'elle est moins grave que la pétitoire.

Enfin les délais d'ajournement sont les mêmes que pour la procédure déjà indiquée : huit jours pour les nobles et d'heure à heure pour les vilains, p. 240.

Enfin la compétence dans Beaumanoir appartient, non pas à proprement parler au seigneur, mais au Comte, c'est-à-dire au souverain, N°. 307, p. 151., N°. 959 et 960, p. 487.

Au XIV^e siècle, avec le développement de l'autorité royale qui s'est produit surtout pour les cas de rixe, de bataille, de trouble de la paix publique, la nouvelleté rentre dans les cas où s'exerce le droit du roi, c'est-à-dire devient un cas de prévention absolue du roi. Grand Coutumier, p. 93 pour la Touraine : "et aussi es cas de nouvelleté contre toutes personnes, par prevention connoitra le dit bailliou ses dits lieutenants, et generalement auront la congnissance de tous cas touchant droit royal".

Il s'est donc produit ici un changement important dans la compétence qui est passée du seigneur au roi. Cf. Riollot. Le droit de prévention, Paris, thèse, 1931. p. 19 et suiv.

C'est peut-être bien par suite du développement de cette prévention qu'apparut au XIV^e siècle la seconde

La novelleté devient au XIV^e siècle un cas de prévention absolue.

sorte de procédure dont parle le Grand Coutumier : la plainte, à la fin du passage indiqué plus haut : "l'une par manière de plainte". Cette procédure de plainte est caractérisée par ce fait qu'elle s'adresse au roi ; elle débute par des "Lettres royaux" en vertu desquelles celui qui a été trouble pourra obtenir réparation du trouble.

La marche de la procédure de plainte. La plainte, qui est à la disposition du demandeur, lequel peut choisir entre elle et l'ajournement, débute par une requête au roi, la réponse de celui-ci est contenue dans les lettres royaux. Le Grand Coutumier de Charles VI, dans ses Libelles, pp. 748 et 749, donne même une formule de Lettres royaux accordée à la suite de la requête du demandeur, de même p. 235, in fine. Le roi donne ordre au bailli ou au juge du lieu "amovere impedimenta et novitates", l'ordre de faire disparaître toutes les actions et troubles apportés à la possession du demandeur "omnia in contrarium acta ad statum pristinum et debitum reduci faciat". C'est à peu près ce qu'était l'Interdit romain, où le préteur interdit de vim facere. Si le défendeur ne fait aucune opposition, l'ordre sera exécuté et l'affaire terminée. D'ordinaire il résiste : il peut en effet faire opposition aux Lettres du roi. En exécution de ces Lettres le juge convoquera les deux parties et les convoquera sur les lieux, afin qu'en n'ait pas besoin d'accorder aux deux parties de délai de vue ce qui retarderait la procédure. Le juge fera un examen sérieux de l'empêchement apporté et recherchera si on peut appuyer cet empêchement sur une base juridique. S'il n'a été démontré qu'il n'y a à cet acte d'entrave aucune base juridique, le juge fera disparaître le trouble de fait et tout sera encore fini. Si le défendeur allègue une raison juridique, le procès va s'engager. On retrouve ce procès à la p. 249. Il faut lire toute cette page qui donne quelques détails sur les actes de rétablissement qu'il y a lieu d'accomplir. Signalons immédiatement le caractère original de cette procédure. Elle mesure pri-recourt au roi, par l'intermédiaire duquel s'engage le procès pour en cés. Cette marche du droit est analogue à celle suivie en augmenter Normandie où on s'adresse au duc pour éviter la procédure la rapidité ordinaire. La procédure devant l'agent du roi, va en outre prendre une allure plus rapide. Nous savons qu'on réunissait

les parties sur le fonds, de façon à supprimer le délai de vue. De même on supprime encore les deux délais de conseil et de garant qui sont de règle dans les actions réelles. Notez aussi, comme marque de ce caractère rapide de la procédure, la règle indiquée à la page 236, "en quelque estat de la cause que l'une des parties défaillie, elle pert sa cause, car ils sont acertés de la cause du lieu". La partie présente gagnera le procès sans autre examen, p. 243 :

" Item si en cas de nouvelleté la partie adjurée née en parlement ne compare, mais est en default, "assavoir si la partie complaingnant doict eo ipso "emporter le prouffit de son default, ou se il est "nécessaire de faire adjourner la partie defaillante à veoir adjuger le prouffit d'icelluy default ? "Responce: de ce a aucune fois esté grande altercation en parlement, et contre les opinions des avocats a esté deffini et enregistré que le prouffit "du default est tel, que la partie deffaillant est "decheue de son opposition et des causes d'icelles."

Les avocats au parlement, c'est-à-dire la pratique avaient tenté de faire ajourner la prononciation du jugement du procès et de prolonger cette question du défaut. Le Parlement ne s'y est pas prêté.

En dehors de ce caractère de plus grande rapidité, il y a une autre différence avec l'ajournement. Lorsqu'on procède par ajournement, les choses restent pendant le procès en l'état où elles sont. Le trouble possessoire continuera donc d'exister, jusqu'à ce qu'on ait prononcé contre celui qui l'a causé. De là quelque danger pour la paix publique. Si bien qu'au XIV^e siècle et dans cette procédure nouvelle de plainte, on autorise le juge commis à mettre la chose dans la main du roi, à faire du roi comme le séquestre de l'objet litigieux, en vue d'apaiser les parties. Cf. déjà avant le Grand Coutumier, le Stylus Curiae parlamenti, ch. XVIII, N° 8. Edit. Aubert de la Collection Picard, p. 133. On constate le même règle dans le Grand Coutumier aux pp. 235 et 236. "par maniere de plainte, l'opposition faict, la chose contentieuse est mise en la main du roy, pour le débat des parties, mais par l'autre maniere non".

A mesure que la plainte se déforma, l'administration royale se trouva, du fait de cette mainmise, embrassée par la multiplication de ces séquestrés. Si bien qu'après avoir déclaré que le roi mettrait la main sur le bien on estima préférable dans bien des cas de procéder immédiatement à un examen rapide et sommaire au début de la procédure, aboutissant à confier la chose au plus qualifié des deux plaideurs.

La chose litigieuse est mise en séquestre sous la main du roi.

En cas de ré-
créance la pos- tre des parties s'appelle la récréance. Chaque partie
session est con-peut, au début de la procédure, réclamer cette récréan-
fiée à l'une ou ce qui fut pratiquée à Paris dès le début du XIV^e siè-
l'autre des par-ole (Olim, T. III, N°. I2.p. 162 et N°. 48. p. 217 et T. II.
ties.

p. 589 N°. I. cf. Olivier-Martin. Le 2ème texte est de
I306 et le 3ème de I313). Cette récréance est signalée
au Grand Coutumier au haut de la p. 250 "En ceste ma-
tière, après litis contestation faictes en cause, la
récréance doibt estre faictes et adjudgée à celuy qui a
pour lui le droit commun et qui a intention mieux
fondée et duquel le cas est le plus favorable, comme celuy qui
traicteroit de franchise, qui a plus clair droit et
qui monstre tiltre et derniers exploits ...". Cet usage
dont la restitution est garantie par des pleiges semble
même pratiqué plus anciennement au XIII^e siècle devant
certaines juridictions féodales (Etablissements de St.
Louis. Viollet, T.II, 2^e P. ch. 4, §§ 5 et 6 p. 340).

Cette récréance a d'ailleurs une contre-partie, la main-
tenue quand l'examen préliminaire se termine en faveur
du possesseur actuel. Il y a donc à cette procédure trois
solutions possibles : mainmise du roi, récréance, main-
tenue. Il est même arrivé que peu à peu, maintenue,
mainmise et récréance sont devenues dans la plainte
le préliminaire normal de cette procédure. Cette ré-
créance en vient même à tenir dans la procédure de com-
plainte une place si considérable, qu'au XV^e siècle
on a tendance à faire de ce prélude quelque chose de
distinct de la plainte et dont le résultat fera
préjuger de la solution de la plainte elle-même.

La pratique n'aurait pas été fâchée de compli-
quer les choses, de séparer maintenue, mainmise et
récréance de la plainte elle-même et de les super-
poser à l'action toute entière. On résista à cette
séparation et malgré la tendance de la pratique, au
XVI^e siècle, l'Ordonnance de Villiers-Cotterets, art. 59,
coupa court à cette dissociation en interdisant "deux
instances séparées sur la récréance et la maintenue des
actions possessoires, ainsi voulons estre conduits par
un seul progrès et moyen". On maintint donc à tout
le possesseur son unité et les choses restèrent ainsi
jusqu'à la fin de l'ancien droit. Ainsi l'Ordonnance
de 1667, Titre I5, art. 7, à propos de la possession
des bénéfices, ne manque pas d'ordonner de prononcer
dans les trois jours sur le séquestre, la récréance
et la maintenue de façon à ce que la pratique ne s'at-
tarde pas à ces complications. Du reste récréance et

'unité du pos-
esseur subsiste
ourtant.

maintenue devaient être demandées dès le début de l'action, de la même manière qu'on demandait une exception dilatoire. On concluait de ce principe du reste que la récréance ou maintenue, une fois demandées, pouvaient être soumises au juge en quelque état que ce soit de la procédure, même après les conclusions principales, même après que la cause toute entière de la plainte avait été contestée et cela parce qu'elles formaient un tout inséparable avec la plainte toute entière. Pratique civile et criminelle de Imbert L. I, ch. I6. N°. I2, Ed. in 4°, p. 47.

Cette procédure de la plainte n'est pas sans avoir emprunté quelque chose à la procédure canonique. Ce-la ne peut surprendre puisqu'une bonne partie des questions possessoires se déploie dans la matière de la possession des bénéfices. Les procès possessoires en cette matière sont plus nombreux que partout ailleurs.

On trouve une allusion à toutes ces finesses dans Loysel, L.V.T. IV, où il résume ces questions en quelques maximes (XXVII - XXX) et une exposition très claire dans Pothier, Traité de la possession, Ch. VI, S. I Ed. in 8°. pp. 72 - 88.

Pour résumer l'état de choses au XVIII^e siècle : 1^o si le défendeur ne fait pas opposition aux Lettres royaux, le juge prononce la maintenue et on s'en tient là. Si une opposition est formée par le défendeur, les parties sont appelées tout de suite à faire chacune la preuve de leur possession et c'est celui qui a fait utilement cette preuve qui obtient la maintenue ou la récréance et qui, par conséquent, garde la possession pendant le procès pétitoire et le rôle de défendeur. S'il y a doute, si aucune des deux preuves n'est établie, on en revient à la mainmorte du roi qui entraîne pour les parties nécessité d'agir au pétitoire. A partir de la rédaction des Coutumes, toute cette matière de la plainte échappe aux Coutumes. Paris ne contient que deux articles : 96 et 97, qui dégagent les conditions nécessaires pour pouvoir intenter utilement la plainte.

Telle est l'histoire de la procédure et le sort de la plainte de saisine et de nouvelleté du XIV^e siècle à la fin de notre ancien droit. Sur toutes ces matières, cf. Olivier-Martin. Coutume de Paris.

Cette procédure, c'est en réalité le second objet sur lequel je voulais attirer votre attention dans cette histoire du possessoire. Il me reste à présenter une troisième observation qui va montrer un aspect comme inverse de l'histoire des actions possessoires.

a procédu-
e au XVII^e
siècle.

Aux XV^e et XVI^e siècle De Beaumanoir au Grand Coutumier, la procédure possessoire s'est pour ainsi dire concentrée et les différentes pourférantes plaintes de Beaumanoir se sont confondues tout augmenter les en une seule action. On aurait du mouvement possessoire. nombre des actions une idée insuffisante si on s'en tenait là. Aux XIV^e et XV^e siècles, se produisit en effet une tentative tout opposées. sée, pour augmenter le nombre des actions possessoires, et comme les paliers successifs de la protection possessoire.

Si on se reporte au Grand Coutumier, p. 252, au bas de la page, on lit la formule suivante qui peut paraître un peu singulière : Qui succombe en la nouvelleté, il peut intenter libelle sur simple saisine, car il n'a pas pour cela perdu la saisine simplement, mais il en est reculé ou débouté en tant que touche ceste qualité de nouvelleté seulement .. "

Après avoir été battu dans la plainte de nouvelleté on pourrait croire que le seul recours accordé au perdant soit l'action pétitoire. Or notre texte signale qu'il n'en est pas tout à fait ainsi : après avoir perdu la libelle de la nouvelleté, on peut recourir avant d'en arriver à la rei simple saisine vindicatio à une autre libelle, le libelle de simple saisine, le texte continue en un langage obscur : "Exemple ung homme blanc se fera noir, mais pour ce ne pert il pas la substance d'homme, simplement mais il pert celle qualité de blancheur. Aussi celluy qui a succombé n'a perdu que cette qualité, et peut intenter saisine simplement laquelle il n'a pas perdue". En réalité cela signifie que toute personne qui a perdu le procès possessoire ou bien ne s'est pas trouvé remplir exactement les conditions nécessaires pour pouvoir invoquer la plainte, pourra recourir, avant d'aller au pétitoire, une autre action, l'action de simple saisine, action possessoire d'un degré supérieur à la plainte.

Comment a-t-on eu l'idée de pareille complication? La législation romaine n'a rien connu de semblable. On a considéré que parfois les solutions romaines étaient un peu dures. Le procès pétitoire aggrave beaucoup la situation de celui qui y doit recourir puisqu'il oblige à prouver la propriété. Or prouver la propriété n'est pas toujours chose commode. Aujourd'hui la propriété d'un immeuble se prouve assez facilement, parce que nous avons des titres écrits, des actes de notaires, des transcriptions aux hypothèques. Aux XIV^e et XV^e siècles il n'y a rien de semblable : les titres écrits sont rares et la plupart la propriété du temps pour prouver la propriété, la plus grande ressource d'évidence consiste à s'adresser à la prescription, à prouver qu'enablir la personne a acquis par une possession prolongée. Or ce qui a survécu le plus généralement dans notre ancien droit en matière. tierie de prescription, ce n'est pas la prescription de

10 à 20 ans, mais celle de 30 ans; dans beaucoup de Coutumes c'est même la seule qui soit admise. La plupart du temps celui qui ne peut agir au possessoire va donc être obligé de prouver qu'il a possédé trente ans, condition assez dure. Ajoutez qu'il peut se faire que l'adversaire de celui qui prétend au bien, celui qui est possesseur, le déjiciens n'ait pas une possession très ancienne. On lui demande la possession d'an et jour. Il lui suffit pour triompher qu'il soit en possession depuis un an et deux jours. Peut-être bien qu'il va l'emporter eu égard à cette difficulté de la preuve, sur un homme qui a eu autrefois une possession beaucoup plus longue, de 10, 15, 20 ans, mais qui a perdu la possession depuis un an et deux jours. Il y a tout de même quelque injustice à déclarer que cet homme qui a pu dans le passé posséder pendant 10 ou 25 ans, mais qui n'a pas encore possédé 30 ans, s'en verra préférer un autre dont la possession ne date que d'un an et quelques jours. Nos juristes ont alors pensé qu'il était peut-être plus équitable, à côté de cette plainte de saisine et nouvelleté, d'organiser au profit de celui qui n'y peut plus recourir un autre procédé lui permettant d'avoir gain de cause sans recourir à la preuve de sa propriété.

On trouve, dans le Grand Coutumier deux indices de ce désir de venir au secours du dépossédé. Le premier suppose un homme dépouillé qui a laissé passer l'année pendant laquelle il pouvait agir au possessoire. Cette année passée, la plainte de nouvelleté lui est refusée. Peut-être pourtant ne s'en faut-il que de bien peu de jours que l'année soit écoulée, peut-être a-t-il des excuses de n'avoir pas intenté la plainte dans l'année. Notre ancien droit a pitié de cet homme et lui dit de s'adresser au roi qui, après examen, pourra le relever de sa déchéance. On organisa ainsi une sorte de restitutio in integrum causa cognita, qui permettait à cet homme forclos d'intenter pourtant utilement la plainte de saisine et nouvelleté. Ce n'est pas un nouveau procédé, c'est l'extension du procédé habituel par la faveur du roi. Cf. Grand Coutumier, pp. 238. "Item en cas de nouvelleté on se doit complaindre dedans l'an, et si aucun pou de temps est passé oultre l'an, l'eul a bien reliefuement du roi, ut non abstante anno elapso ipse sit conquerere in casu novitatis, quot solet concedi justa de causa, alias non".

Ce n'est pas tout. Ce procédé ne permet pas de venir à bout de tous les cas intéressants. Il faut recourir à quelque chose d'une plus grande portée. C'est alors qu'on a créé entre la plainte de saisine et nouvelleté et l'action pétitoire une action dite de

Restitution de la plainte et nouvelleté après perte de la possession pendant plus d'un an.

l'action de simple saisine.

simple saisine ou action sur vieux empêchements, Grand Coutumier p. 494.

" Nota que toutes actions réelles, ou elles sont sur "nouvel trouble de saisine, ou sur vieux empêchement, "ou elles sont propriétaires. Et pour ce, nous parlerons premièrement de celles qui sont sur nouvel trouble. Les aucuns l'appellent: cas de nouvelleté, les autres: interditz de possession retenir. Et les autres: nouvel trouble et empêchement de saisine . "

C'est ce qui se trouve entre le nouvel trouble de saisine et l'action pétitoire, c'est l'action sur vieux empêchements ou de simple saisine. Elle peut être utilement intentée même contre celui qui a possédé un an et jour, donc dans un cas où la complainte de nouvelleté ne suffirait pas, p. 237 "et cela jusqu'à 10 ans" même au profit de celui qui a tardé plus d'un an avant de réclamer contre le trouble ou la dejectio, p. 238. "Mais le cas de simple saisine peut bien être intenté après l'an jusqu'à dix ans". S'il n'a pas trouvé moyen de réclamer en dix ans, il est indigne de toute autre protection que la revendication. De même, p. 250, on voit le lien entre les vieux empêchements et la simple saisine : "En simple

On préfère ce-
lui qui prou-
ve la posses-
sion la plus
ancienne.
saisine les plus vieux exploits ceteris paribus sunt preferendi". Dans cette action on préfère donc non pas le possesseur actuel, mais celui qui pourra fournir les exploits les plus anciens, qui montrera que sa possession l'emporte en date sur celle de celui qui possède actuellement. Il lui suffira de prouver cette possession ancienne, et qu'elle est plus ancienne que celle de son adversaire. Il lui suffira pour cela d'exercer l'action dans les 10 ans. C'est là le trait essentiel de cette nouvelle action.

Sur certains points la pratique a laissé planer quelque incertitude : faut-il alléguer et montrer un titre ? C'est là une affirmation mentionnée p. 232 "Car au libelle de acquerir saisine et au libelle de recouvrer saisine, il est requis et nécessaire de alléguer et montrer titre, par lequel le demandeur se dit avoir droit en la possession acquerir ou recouvrer". Le libelle d'acquérir saisine est peut-être notre simple saisine et l'auteur semble bien dire qu'il y faut un titre. Je ne crois pas cependant que la chose soit certaine. En effet, d'abord s'il s'agit du libelle de recouvrer saisine, l'auteur, ne l'oubliions pas, copie le droit romain plutôt qu'il ne rapporte la pratique actuelle, il reprend la division des Interdits romains adipiscendae, retinendae, recuperandae possessionis, sans y attacher peut être une pareille conséquence. En outre, au début du passage, p. 252, in fine, l'auteur s'est efforcé de démontrer qu'en n'a-

vait pas perdu la saisine par cela seul qu'on a laissé passer le délai d'une année. Il est possible pour ces deux raisons qu'il n'y ait pas lieu de prendre à la lettre le passage de la p. 232. Exiger un titre enlèverait à l'action de simple saisine une grande partie de sa portée.

Mode d'exercice de cette action.

Autre point sur lequel l'organisation de la saisine reste un peu indécise. A la p. 253, en parlant de cette action de simple saisine, l'auteur discute pour savoir si dans cette simple saisine il faut recourir à la mainmise de la main du roi "toutefois c'est à entendre quand la possession de la chose contentieuse est du commencement mise en la main du roi, ja scit ce que aucun dient que la main mise ne y réserve rien, et que autant en serait-il si la main n'y était point mise". Certains pensent qu'il faut recourir à la mainmise du roi. Mais c'est une opinion très controversée et d'autres sont d'un avis contraire.

Enfin l'action de simple saisine était sans doute une action possessoire mais se rapprochant de l'action pétitoire puisqu'elle exige une possession plus prolongée et des empêchements plus anciens que la possession ordinaire. On lui attribue quelques traits de l'action réelle. Ainsi sa procédure comporte le jour de vue, celui de conseil et de garant, p. 237 : "L'on peut bien faire convenir par la voie ordinaire sur la simple saisine, et en ce cas il y aura délai de conseil, une et garant ce qu'il n'y aurait pas en cas de nouvelleté comme dessus est dict".

ersistance de
a plainte
e saisine a-
rès le XIV^e
siècle

Cette action de simple saisine, comme la plainte de saisine et de nouvelleté semble avoir été vue avec faveur par le président Simon de Buci qui avait au XIV^e siècle son hôtel dans la rue du même nom. Cette action organisée par Simon de Buci ne se rencontre pas seulement dans le Grand Coutumier, mais aussi dans Bouteiller, L. II, Ch. 27, p. 272 : Action de simple saisine "après en-suit l'action de simple saisine si comme quand aucun du droit propriétaire qu'il a en aucun héritage, s'est laissé désaisir par possession priuse d'aucuns sans juste cause, ou sans juste titre, dont le possesseur à jeu plus d'un an, si que plainte de nouvelleté ne s'y peut asscoir, lors convient qu'il le face remedier par plainte de simple saisine, et toutefois joudit le possesseur durant le procès, et par plainte de nouvelleté ne jouyt, f'ors celui qui peut montrer les derniers exploits à lui appartenants. Bouteiller ne semble pas faire allusion à la procédure de mainmise du roi".

Cette action de simple saisine existe encore au XV^e siècle. Certaines coutumes l'ont conservée : Cler-

mont en Beauvaisis, N.C., art. 52. D'autres en ont gardé une trace à peine visible, N.C., Paris, art. 98 paraît limiter l'application de cette simple saisine aux rentes et semble en même temps la confondre avec l'action personnelle accordée au crédirentier. Brodeau au XVII^e siècle, Coutume de Paris, II. 97. N°. 3, dit que Jacques l'Echassier dans son traité de 1601 aurait voulu la généraliser; et Ricard la regrette. Elle survécut d'abord dans les rentes et finit par s'éteindre. Quelle est la raison de cette extinction? Peut-être est-ce parce que à partir du XVI^e siècle les actes écrits et notariés notamment se sont beaucoup répandus, l'Ordonnance de Moulins rendait l'écrit nécessaire pour la preuve des contrats même d'un intérêt peu élevé. La revendication devenait dès lors moins dangereuse et l'action de simple saisine beaucoup moins nécessaire. Voilà un accroissement du nombre des actions possessoires, du fait de l'action de simple saisine.

A l'autre bout de l'échelle possessoire, la même augmentation s'est traduite d'une autre manière. La plainte comprend l'ancienne action de force en même temps que celle de nouveau trouble et de simple saisine. Il est arrivé qu'au XVIII^e siècle on se prit à séparer de nouveau cette ancienne action de force, qui s'était confondu dans la plainte, et à la remettre en honneur. Le mouvement de dissociation s'est sans doute accompli parce que la violence que comporte l'action de force s'est trouvée souvent engendrer en même temps une action criminelle. En même temps qu'on accordait la plainte pour force on accordait donc une action criminelle. La plainte pour force s'est trouvée subir l'attraction de l'action criminelle et se distinguer de plus en plus de la plainte ordinaire. On admit que même sans poursuite criminelle l'action de force pourrait être intentée isolément, aussi bien cette dissociation se trouva correspondre à un réveil des souvenirs canoniques, de l'actio spolii, et romains de l'Interdit unde vi.

Aussi Pothier n'hésite-t-il pas à distinguer complètement la plainte et la réintégrande dans son Traité de la possession; il donne de la réintégrande un exposé tout à fait distinct. Il y consacre toute une section de son livre et, à le lire, on ne croirait pas que cette réintégrande ait pu rester presque jusqu'au XVIII^e siècle confondue dans la plainte. Pothier la dissocie tout aussi bien qu'autrefois on distinguait l'Interdit unde vi et l'Interdit uti possidetis, Ch. V., S. II, pp. 89 et ss.

Resteraient à parler d'une vieille procédure possessoire romaine en matière de servitude et qui a par-

fois survécu : la novi operis nuntiatio, qui n'a pas eu chez nous une grande importance (Cf. Bouteiller L. II, T. 32. qui en décrit les trois cas d'application).

Je voulais aussi pour terminer faire une sorte de comparaison entre la possession romaine et la saisine. Cela, je le néglige avec moins de regret parce que dans ce que j'ai dit vous trouverez tous les éléments pour instituer vous-même cette comparaison.

F I N

-:-:-:-:-:-:-:-:-:-:-